Die Besitzrechtseinreden

des § 986 BGB.

gegen den

Eigentumsanspruch

Inauguraldissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Juristischen Fakultät
der Philippsuniversität Marburg

vorgelegt von Gertrud Zielinski
Gerichtsreferendarin am Landgericht Essen

1926.

Druck: M. Just, Essen-Bergeborbeck

Die Besitzrechtseinreden

des § 986 BGB.

gegen den

Eigentumsanspruch

Inauguraldissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Juristischen Fakultät
der Philippsuniversität Marburg

vorgelegt von Gertrud Zielinski
Gerichtsreferendarin am Landgericht Essen

Druck: M. Just, Essen-Bergeborbeck

Referent: Geheimrat Franz Leonhard.

Meinen Eltern!

Literaturverzeichnis:

v. Bähr, Zur Besitzlehre in Jherings Jahrb., Bd. 26.

Baron, Pandekten, 9. Aufl., Leipzig 1896.

Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen in Jahrb. f. Dogm., Bd. 34.

Bendix, im „Recht" 1900.

Biermann, Sachenrecht des BGB., 1914.

v. Buchka, Vergleichende Darstellung des BGB. für das Deutsche Reich und des gemeinen Rechts, Berlin 1897.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts. 2. Bd. 1900.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Bd. 1905.

Dernburg, Pandekten, Bd. 1, 1900.

Dernburg, Sachenrecht.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des BGB., fortgeführt von Leonhard, Bd. 2, 1904.

Endemann, Lehrb. des bürgerl. Rechts, Sachenrecht, 1905.

Fischer-Henle, Sachenrecht, 1921.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB. für das Deutsche Reich, 1897.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, Bd. 1, 1916.

Jaeger in Leipz., Zeitschr. f. Handels-, Konk.- u. Vers.-Recht, 1908.

Josef, Erörterung zur Rechtstellung des Beklagten bei der Eigentumsklage in Rhein. Zeit. für Zivil- und Prozeßrecht, Jahrg. 7.

Kleinrath, in Leipz. Zeitschr. f. Handels-, Konk.- u. Versicherungsrecht von 1910.

Kober, Sachenrecht (v. Staudingers Komm. zum BGB.), Bd. 3, 1912.

Kohler, Vertrag und Uebergabe im Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 18.

Kreß, Hugo, Besitz und Recht. 1909.

Kretzschmar, Sachenrecht. 1906.

Last, Von den Einwendungen gegen die rei vindicatio in Grünhuts Zeitschrift 36.

Langen, in D. J. Z. 1912.

Lehmann, 2. Bd., 1901.

Leonhard, Rud., in Jherings Jahrb., Bd. 17, Inwieweit ist die exc. rei v. et tr. ein für das heutige gemeine Recht lebensfähiges Institut?

Männer, Sachenrecht, 1906.

Müller, in Leipz. Zeitschr. f. Handels-, Konk.- u. Vers.-Recht von 1908.

Neumann, Handausgabe des BGB., I. Bd., 1899 und 1912.

Planck, Bd. 3, 1902, 1920.

Rappaport, Die Einrede aus d. fremden Rechtsverhältnis, Berlin 1904.

Raape, in dogm. Jahrb. 71.

Rosenberg, Komm. z. Sachenrecht, 1919.

R. G.-Kommentar, Sachenrecht, 1921 u. 1923.

Stammler, Die Einrede aus dem Recht eines Dritten in Festgabe der Jur. Fakultät Halle für Dernburg, 1900.

Strohal, Der Sachbesitz nach dem BGB. in Jherings Jahrb. 38.

Turnau-Foerster, Liegenschaftsrecht, Bd. 1.

Vangerow, Lehrb. der Pandekten, Bd. 1, 1863.

Wolff, Das Recht zum Besitz i. Festgabe der jur. Gesellsch. zu Berlin für Koch, 1903.

Wolff, Sachenrecht, 1923.

Wendt, Der mittelbare Besitz des BGB. im Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 87.

Ziebarth, Realexekution und Obligation, 1866.

Dissertationen:

Goettelmann, Edmund, Die Eigentumsübertragung nach § 930 BGB., Jena 1912.

Ruppel, Julius, Die Uebertragung dinglicher Rechte an beweglichen Sachen bei Besitz eines Dritten, Leipzig 1904.

Sarfert, Gottfried, Die Einreden aus § 986 BGB., Leipzig 1906.

Scherk, Margarethe, Die Einreden aus dem Recht zum Besitz, Marburg 1917.

Schlemmer, Ferdinand, Der Herausgabeanspruch des Eigentümers, Marburg 1914.

Wittmann, Wilhelm, Der Eigentumsanspruch, Würzburg 1904.

Entscheidungen des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte.

Warneyers Jahrbuch für Entscheidungen.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Motive und Protokolle zum BGB.

Gliederung.

A. Einleitung.

Historisches zur Besitzrechtseinrede gegen die Eigentumsklage. Römisches Recht — gemeines Recht — neuere Landesgesetzgebungen — BGB.

B. Hauptteil.

I. Der Besitzer ist nicht zur Herausgabe an den Eigentümer verpflichtet, wenn er ihm gegenüber zum Besitze berechtigt ist.

1) Voraussetzung für das Herausgabeverweigerungsrecht ist ein Recht zum Besitz.

a) Dingliche und persönliche Rechte als Grundlage des Rechts zum Besitz.

b) Zur Begründung des Besitzrechts erforderliche Art der Besitzerlangung:

aa) Herrschende Ansicht: Art der Besitzerlangung ist gleichgültig; denn

aa_1) Ziel des Rechts auf Uebergabe ist nicht die Uebergabe, sondern die Besitzerlangung.

bb_1) Ohne Erlöschen des Rechts auf Uebergabe und Entstehen eines Besitzrechts ergeben sich unannehmbare Ergebnisse.

cc_1) § 986 BGB. stellt keine Entstehungsvoraussetzungen für das Recht zum Besitz auf.

dd_1) Nur bei Besitzrechtsannahme sind billige Ergebnisse zu verzeichnen.

bb) Nur durch Uebergabe vom Befugten entsteht ein Recht zum Besitz; denn

aa_1) Sonst könnte eine unberechtigte Schlechterstellung des Eigentümers eintreten.

bb_1) Das Eigentum würde seiner dinglichen Natur widersprechend zu stark beeinträchtigt.

2) Voraussetzung ist das Bestehen des Besitzrechts gegenüber dem Eigentümer.

3) Voraussetzung ist ein Besitzrecht des Beklagten selbst gegen den Eigentümer.

II. Der Besitzer braucht nicht an den Eigentümer herauszugeben, wenn der mittelbare Besitzer ihm gegenüber zum Besitz berechtigt ist.

1) Voraussetzungen der zweiten Besitzrechtseinrede.

2) Ausdehnungsmöglichkeit bezw. -notwendigkeit dieser Einrede.

a) Der Zwischenmann braucht nicht mittelbarer Besitzer zu sein

b) Der Besitzer kann zum Besitze auch verpflichtet sein.

c) Der Beklagte muß sein Besitzrecht nicht unbedingt von dem Zwischenmann, der dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist, ableiten.

d) Die fünfte Voraussetzung ist in verschiedenen Richtungen ausdehnender Auslegung fähig.

III. Der Besitzer kann dem neuen Eigentümer gegenüber die Herausgabe der Sache verweigern, wenn die Veräußerung nach § 931 BGB. stattgefunden hat.

1) Näheres Eingehen auf die Einrede.

2) Analoge Anwendung von § 986 Abs. 2 BGB. auf andersartige Veräußerungen:

a) brevi manu traditio

b) constitutum possessorium

aa) Für die Möglichkeit der Eigentumsübertragung bei mittelbarem Besitz nach § 930 BGB. sprechen:

aa_1) der Wortlaut des § 930 BGB.

bb_1) der Wortlaut des § 871 BGB.

cc_1) die Geschichte

dd_1) die Vorarbeiten zum BGB.

bb) Gegen die Möglichkeit der Veräußerung durch den mittelbaren Besitzer nach § 930 BGB. könnten angeführt werden:

aa_1) die Anordnung der Eigentumsübertragungs-Paragraphen,

bb$_1$) die juristische Konstruktion,
cc$_1$) der Wortlaut des § 930 BGB.,
dd$_1$) die Ueberflüssigkeit des § 930 BGB. bei mittelbarem Besitz des Eigentümers.

C. Die Besitzrechtseinrede im Konkurse des verpflichteten Eigentümers.

I. Gebiet, auf welches sich der Streit über die Anwendbarkeit der Besitzrechtseinrede bezieht.

II. Bejahung der Anwendbarkeit der Besitzrechtseinrede im Konkurse.

III. Verneinung der Anwendbarkeit der Besitzrechtseinrede im Konkurse durch die herrschende Ansicht.

A.

Da das Eigentum das umfassendste dingliche Recht ist, nimmt es nicht wunder, daß gegen den Eigentumsanspruch Einreden nur in äußerst beschränktem Maße im älteren Recht zulässig waren.

Im römischen Recht war der Besitzer gegen die rei vindicatio, der der Herausgabeanspruch des Eigentümers in unserem Recht entspricht, nur geschützt, wenn ihm ein dingliches Recht an der Sache zustand, sowie in den Fällen der exceptio rei venditae et traditae. Eine weitere Einrede gegen die rei vindicatio auf Grund eines obligatorischen Rechtes gab das römische Recht dem Besitzer nicht.

Das Institut der exceptio rei venditae et traditae des römischen Rechts erinnert in gewisser Beziehung an die Bestimmung des § 986 BGB. und bildet vielleicht den Ausgangspunkt für dieselbe.

Wir finden diese exc. im corpus juris Justinians in den Digesten 21,3 ausdrücklich als exc. rei v. et tr. angeführt, sowie in einigen andern Digesten- und Codexstellen. [1]) Aber ihr tatsächliches Vorkommen beschränkt sich nicht auf die Fälle, in denen die Bezeichnung exc. rei v. et tr. ausdrücklich gebraucht ist. Sie findet sich noch an

[1]) Rudolf Leonhard in Jherings Jahrbüchern Bd. 17. S. 183 ff.

verschiedenen anderen Stellen, wo von einer exc. doli oder exc. in factum die Rede ist. [2])

Die exc. rei v. et tr. steht nicht nur dem Käufer zu, sondern auch, wie aus den Quellen hervorgeht, den Rechtsnachfolgern des Käufers — Universal- wie Singular-Successoren [3]) — und auch Erwerbern auf Grund anderer Titel z. B. der Schenkung. [4])

Während die exc. dominii die Behauptung enthält, daß der Kläger nicht Eigentümer sei, ist Voraussetzung für die exc. rei v. et tr., daß der Kläger in Wirklichkeit noch Eigentum hat und nur mit seinem Herausgabeanspruch aus Billigkeitsgründen nicht durchdringen kann.

Die exc. rei v. et tr. kam zur Anwendung einmal, wenn eine res mancipi nicht durch eine zivile Erwerbsart, sei es mancipatio oder obrigkeitliche addictio auf Grund einer in jure cessio, öffentlichen Versteigerung usw., sondern durch bloße Uebergabe veräußert worden war. Hier diente sie dem Erwerber, der nur bonitarisches Eigentum erworben hatte, zum Schutze gegen den Eigentumsanspruch des Veräußerers, der noch formell — nämlich nach dem quiritischen Recht — Eigentümer geblieben war und verschaffte der bloßen Uebergabe den praktischen Erfolg der Eigentumsübertragung. Dann bediente man sich der exc. rei v. et tr. allmählich auch dort, wo ein auf Eigentumsübertragung gerichtetes Rechtsgeschäft bindend abgeschlossen war, ohne daß der Beklagte trotz Uebergabe Eigentümerstellung erlangen konnte, sei es, daß der Kläger selbst als Nichteigentümer dieses Rechtsgeschäft eingegangen war, sei es, daß ein anderer es abgeschlossen hatte und der Kläger es gegen sich gelten zu lassen genötigt war. Die Anwendungsfälle dieser exc., die einzeln bei Vangerow aufgeführt sind, seien der Anschaulichkeit wegen auch hier erwähnt:

1. Der Kläger hat die Sache als Nichteigentümer veräußert und ist später Eigentümer geworden.

2. Der klagende Eigentümer beerbt den Nichteigentümer, der die Sache verkauft und übergeben hatte.

3. Der Kläger hat die Sache unter einer aufschiebenden Bedingung verkauft, und diese ist noch nicht eingetreten.

[2]) Rudolf Leonhard in Jherings Jahrbüchern Bd. 17. S. 183 ff. — Vangerow, Lehrbuch der Pandekten I. Bd. § 334.

[3]) Rud. Leonhard in Jherings Jahrbüchern Bd. 17, S. 183 ff.

[4]) Dernburg, Pandekten, Bd. I, § 216, II Anmerk. 1, 2.

4. Der Kläger hat ein auf Eigentumsübertragung gerichtetes Rechtsgeschäft mit dem Beklagten abgeschlossen, ihm aber noch nicht tradiert, sondern der Beklagte ist auf andere Weise in den Besitz der Kaufsache gelangt, jedoch sine vitio, d. h. mit Willen des Verkäufers. [5])

In den angeführten Fällen geht die exc. rei v. et tr. aktiv und passiv auf die Sondernachfolger über.

Während das römische Recht dem Besitzer auf Grund eines obligatorischen Rechts eine Einrede gegen die rei vindicatio nicht gewährt, hat das gemeine Recht den Kreis der Einreden schon bald erweitert. Der Besitzer konnte gegen die Eigentumsklage vorbringen, daß der Eigentümer gegen die ihm dem Beklagten gegenüber obliegende schuldrechtliche Verpflichtung verstoße, indem er die Herausgabe der Sache mit der rei vindicatio anstrebe. [6]) Insbesondere dem Mieter und Pächter wurde gestattet, sich dem vindizierenden Vermieter bezw. Verpächter gegenüber auf sein durch obligatorischen Vertrag begründetes Recht zu berufen. In der Theorie war das in älterer Zeit nicht allgemein anerkannt. Man erachtete die obligatorische Beschränkung eines dinglichen Rechts als der Natur des dinglichen Rechts widersprechend. Darum sollte die exc. rei locatae oder commodatae niemals zur Abweisung der rei vindicatio führen; wenn der Vermieter z. B. dem Mieter die Sache nicht belassen wollte, so mußte nach älterer Ansicht dieser das Nichtwollen und die damit verbundene Wegnahme der Sache dulden und sich mit Schadenersatz begnügen, statt auf Naturalerfüllung bestehen zu können. [7]) Die h. M. im gemeinen Recht erkannte jedoch diese Ohnmacht des obligatorischen Rechts gegenüber dem dinglichen nicht an.

In den neueren Gesetzgebungen ist verschiedentlich die Zulässigkeit obligatorischer Einreden gegenüber den dinglichen Ansprüchen ausdrücklich betont. So lautet der § 319 des Sächs. BGB.: Der Beklagte kann sich bei der Eigentumsklage gegen die Herausgabe der Sache durch eine Einrede schützen, wenn er vermöge eines ihm an der Sache zustehenden Rechtes oder vermöge einer gegen den Eigentümer gehenden Forderung auf die Inhabung der Sache berechtigt ist. Eine entsprechende Bestimmung enthält das Badische Landrecht in

[5]) Baron, Pandekten § 153, Dernburg, Pandekten § 216 II.
[6]) Josef in Rhein. Zeitschr. 7. Jahrg.
[7]) Ziebarth, Realexekution und Obligation S. 47.

Satz 1640, 2, und das ALR. I, 7 § 169. Das preußische Gesetz über den Eigentumserwerb vom 5. 5. 1872 steht auch auf diesem Standpunkt, hat aber die Zulässigkeit obligatorischer Einreden bei Immobilien eingeschränkt durch die Bestimmung des § 7: Hat der Beklagte von dem Kläger oder seinem Rechtsvorgänger auf Grund eines den Eigentumserwerb bezweckenden Rechtsgeschäfts den Besitz des Grundstücks erhalten, so sind die aus dem Rechtsgeschäft herzuleitenden Rechte nicht als Einrede, sondern nur durch Klage oder Widerklage geltend zu machen. Man befürchtete nämlich, daß das dauernde Besitzrecht und Bucheigentum auseinanderfallen könnten und sich das auf obligatorischer Grundlage beruhende Besitzrecht so zu einer Art von Eigentum herausbilden würde. [8])

Auch unser heutiges Recht läßt im Gegensatz zum römischen Recht obligatorische Einreden gegen den Eigentumsanspruch zu, eine exc. rei v. et tr. aber nicht mehr, da sie sich heute erübrigt; denn einmal gibt es nicht wie im römischen Recht den Zwiespalt zwischen zivilem und prätorischem Recht, sodann ist der durch diese exc. in den verschiedenen Fällen gewährte Schutz einerseits ersetzt durch den erleichterten Eigentumserwerb von Seiten eines Nichteigentümers nach Maßgabe der §§ 932 ff., andererseits durch die im § 185 BGB. festgesetzte Konvaleszens. In diesen Fällen liegt heute wirkliches Eigentum vor, so daß die Vindikation und demzufolge auch eine Einrede nicht in Betracht kommen kann. Nur in zwei Fällen könnte man noch an die exc. des römischen Rechtes denken, erstens, wenn der Eigentümer dem Käufer die Sache unter aufschiebender Bedingung verkauft und übergeben hat, zweitens, wenn der Käufer nicht durch Uebergabe in den Besitz der Sache gelangt ist. Im letzteren Falle handelt es sich aber nicht darum, daß der Käufer gegen die Vindikation eine Einrede erhält auf Grund von Besitzerlangung ohne Wissen und Willen des Verkäufers z. B. durch Fund oder verbotene Eigenmacht, sondern daß der Käufer den Besitz mit Willen des Verkäufers erlangt, z. B.: der Käufer kauft dem nicht besitzenden Eigentümer die Sache ab und erlangt sie auf Grund der Vindikationscession vom Besitzer. [9]) Für bewegliche Sachen dürfte also heute eine der römischen exc. rei v. et tr. entsprechende Einrede kaum in Betracht kommen.

[8]) Josef in Rhein. Zeitschr. 7. Jahrg.
[9]) Dernburg, Pandekten § 216 II Anm. 4.

Wohl spricht man bei Immobilien öfter von einer exc. rei v. et tr., und zwar, wenn der Käufer das Grundstück, das ihm übergeben, aber nicht aufgelassen ist, dem klagenden Eigentümer herauszugeben sich weigert. Diese exc. soll im § 986 enthalten sein; denn eine Vorschrift wie das preuß. Gesetz von 1872 im § 7 hat das BGB. nicht aufgenommen, so daß nicht einzusehen ist, warum der § 986, der, wie noch genauer dargelegt werden wird, auch für obligatorische Besitzrechte gilt, nicht für Liegenschaften zuzulassen sein soll. Obgleich Einigung und Eintragung noch nicht erfolgt sind, hat der Käufer doch schon eine Machtposition dem eingetragenen Verkäufer gegenüber gewonnen. Aber diese exc. rei v. et tr., die des öfteren als „sogenannte" exc. rei v. et tr. bezeichnet wird, ist nicht identisch mit dem gleichnamigen Institut des römischen Rechts, da sie nicht gegen Dritte geht, und eine solche Situation damals, als zum Eigentumserwerb noch nicht Bucheintragung gehörte, überhaupt nicht entstehen konnte, und darum an einen solchen Fall auch gar nicht gedacht war. Die heutige Bezeichnung dieser Einrede als exc. rei v. et tr., die wie die andern Einreden gegen den Eigentumsanspruch unter den § 986 fällt, läßt sich nicht erklären aus gleicher Rechtslage wie im römischen Recht, sondern aus der wörtlichen Uebersetzung der lateinischen Bezeichnung.

Eine wirkliche exc. rei v. et tr. im römisch-rechtlichen Sinne gibt es nicht mehr. Sie ist durch andere gesetzliche Vorschriften überflüssig gemacht. Sollte sie noch in Betracht kommen für den vorher angeführten Fall des Kaufs und der Eigentumsübertragung unter einer Bedingung, so ist sie doch in dem weiter reichenden Prinzip des § 986 BGB. aufgegangen.

B.

I. Im Absatz 1 Satz 1 des § 986 BGB. haben zwei Fälle, in denen der Besitzer eine Einwendung gegen die Eigentumsklage hat, Aufnahme gefunden. Zunächst ist von dem ersten Fall dieses Satzes zu handeln: Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Voraussetzung für die Herausgabeverweigerung ist dem Wortlaut des Gesetzes zufolge einmal ein Recht zum Besitz.

1 a) Was unter einem solchen Recht zu verstehen ist, hat das Gesetz im § 986 BGB. nicht klargelegt. Sollte es dort allein vorhan-

den sein, wo es die Bezeichnung „zum Besitz berechtigt" wörtlich gebraucht, so kämen nur zwei Fälle in Betracht, nämlich die §§ 1036 Abs. 1 und 1039. Der Nießbraucher und der Inhaber eines dinglichen Wohnungsrechts wären damit willkürlich, unmotiviert andern dinglich Berechtigten gegenüber bevorrechtigt. Die Wendung „zum Besitz berechtigt" kann darum nicht das Ausschlaggebende sein. Vielmehr ist ein „Recht zum Besitz", wie nirgends bezweifelt wird, auch dort vorhanden, wo das Gesetz die Wendung gebraucht „der Besitz steht zu" (§ 1081 I 2), und wo jemand Faustpfandgläubiger oder Erbbauberechtigter geworden ist. Das „Recht zum Besitz" kann also auch auf andern begrenzten dinglichen Rechten beruhen. Ebenso können obligatorische Rechte, familien- und erbrechtliche Verhältnisse zweifellos Grundlage des „Rechts zum Besitz" sein. Bezugnehmend auf die neueren Landesgesetzgebungen und die herrschende Lehre im gemeinen Recht bestimmte Entwurf I § 942 ausdrücklich, daß der Herausgabeanspruch des Eigentümers ausgeschlossen sein sollte, wenn der Besitzer oder Inhaber auf Grund eines Rechts an der Sache oder auf Grund einer ihm gegen den Eigentümer zustehenden Forderung berechtigt wäre, die Sache zu behalten. Und Fall zwei des § 986 Abs. 1 Satz 1 BGB. ist so gefaßt, daß er überflüssig sein müßte, würde das „Recht zum Besitz" nur auf dinglicher Grundlage beruhen können; denn ein dingliches Recht an der Sache kann der dinglich berechtigte Nichteigentümer einem Dritten nicht bestellen, die Sonderfälle der Gutgläubigkeit des Rechtserwerbers ausgeschlossen, für die aber schon der erste Teil von Satz 1 Abs. 1 § 986 wegen der absoluten Wirkung des dinglichen Rechts zum Schutz des Rechtserwerbers genügen müßte.

b) Daß ein Recht zum Besitz auch auf obligatorischer Grundlage beruhen kann, ist also außer Zweifel, ebenso, daß der Abschluß eines auf Besitzerlangung gerichteten obligatorischen Vertrages allein noch kein Recht zum Besitz verschafft. Vielmehr spricht das Gesetz auf Grund des Abschlusses bestimmter obligatorischer Verträge erst das Recht auf „Uebergabe" einer Sache oder auf „Ueberlassung" des Besitzes zu, ein Recht auf Besitzerlangung also. Bestritten ist nur die Frage, ob die Art der Besitzerlangung eine Rolle für die Erlangung des „Rechts zum Besitz" spielt.

aa) Die herrschende Ansicht, d. h. diejenige Wolffs und im Anschluß an ihn fast sämtlicher sich mit dieser Frage beschäftigenden

Schriftsteller [10]) geht dahin, daß die Art der Besitzerlangung gleichgültig ist, daß bei Kauf, Miete, Pacht das Besitzrecht auch ohne „Uebergabe" oder „Ueberlassung" zustande kommt. Die verbotene Eigenmacht, die die Schriftsteller allein berücksichtigen, ist nicht der einzige Fall, in dem der Besitz ohne „Uebergabe" oder „Ueberlassung" erlangt wird. Auch bei Fund des Vertragsgegenstandes oder Hingabe durch unbefugte Dritte hat keine „Uebergabe" bezw. „Ueberlassung" stattgefunden. Das obligatorische Recht erfährt demnach eine Stärkung durch die bloße Tatsache des Besitzes ohne Dazutun des Eigentümers. [11]) Ohne „Uebergabe" oder „Ueberlassung", worauf der Vertragschließende nach dem Gesetz ein Recht hat, soll ein Besitzrecht entstehen können. Hat der Besitzer ein Besitzrecht, so muß das Recht auf Uebergabe, obgleich eine solche nie erfolgt ist, erloschen sein, und sich so aus dem Recht auf Uebergabe, wie Wolff sagt, ohne Uebergabe ein Recht zum Besitz entwickelt haben.

aa$_1$) Er begründet diesen Vorgang damit, daß Ziel des Rechts auf Uebergabe die Besitzerlangung, nicht die Uebergabe sei. Wenn der Berechtigte dieses Ziel erreicht habe — gleich auf welche Weise —, so könne er nicht mehr Uebergabe verlangen, folglich müsse das Recht auf Uebergabe erloschen sein. Die Besitzerlangung habe ein Recht, den Besitz zu behalten, erzeugt, und das sei ein „Recht zum Besitz". [12])

M. Scherk hat hiergegen eingewandt, daß Ziel des Rechts auf Uebergabe die Erlangung des Rechts zum Besitz sei, in dem die Besitzerlangung enthalten ist; denn wer ein Recht auf Uebergabe habe, wolle einen ihm verbleibenden Besitz erhalten, nicht einen solchen, der ihm wieder abverlangt werden könne. Mit dieser Ausführung widerlegt M. Scherk Wolff nicht. Sie verwendet nämlich zum Beweise, was selbst Gegenstand des Beweises ist. Sie geht davon aus, daß ein Recht zum Besitz nicht durch jede Besitzerlangung entstehen kann, wenn sie von einem „verbleibenden" Besitz redet.

bb$_1$) Ferner ist Wolff der Ansicht, daß, wollte man das Recht auf Uebergabe durch die Besitzerlangung nicht für erloschen und damit das Recht auf Besitzbehaltung oder „zum Besitz" für entstanden erachten, man zu unannehmbaren Ergebnissen gelangte. So müßte

[10]) Kober zu § 986, Abs. I; Rappaport S. 196 ff. u. a.
[11]) Rappaport S. 196 ff.
[12]) Wolff, Das Recht zum Besitz. S. 154.

z. B. der Käufer, der den Besitz ohne Uebergabe erlangt hat, von dem Verkäufer noch Uebergabe nach § 433 BGB. verlangen können, falls jemand ihm die betreffende Sache gestohlen hätte.[13])

Steht man auch im übrigen auf dem Standpunkt Wolffs, so wird man jedoch der Meinung, daß sich diese Folge aus der Ansicht seiner Gegner ergäbe, nicht zustimmen können. Dem Wortsinn nach bedeutet zwar Uebergabe ein Geben aus der Hand des Schuldners in die des Gläubigers. Aber ein solches ist gar nicht immer möglich. Darum muß jede andere Verschaffung des unmittelbaren Besitzes durch den Eigentümer genügen, um der Uebergabe- bezw. Ueberlassungspflicht nachzukommen. Auch mit der Erlaubnis zur selbständigen Besitzergreifung hat der Schuldner diese Pflicht erfüllt, sobald der Gläubiger in den Besitz gelangt ist oder mit der Besitzbehaltungserlaubnis, falls der Gläubiger bei Vertragsabschluß schon im Besitze der Sache ist. Ueberlassung oder Uebergabe ist darum auch dann erfolgt, wenn der Mieter bezw. Käufer sich den Vertragsgegenstand z. B. mit Erlaubnis des Berechtigten aus dessen Garten geholt hat. Wo also nicht ein tatsächliches Geben und Nehmen von einer Vertragspartei zur anderen oder ein anderweitiges Verschaffen der Sache durch den Berechtigten in das Herrschaftsgebiet der Gegenpartei erfolgt, muß der Eigentümer stets besondere Erlaubnis zur eigenhändigen Besitzergreifung des Gläubigers geben. Ob diese Erlaubnis durch Handeln, Worte oder schweigendes Gewährenlassen erteilt wird, ist gleichgültig. Daß sie auch nach der Besitzergreifung z. B. durch Fund, verbotene Eigenmacht noch gegeben werden kann, dürfte nicht zweifelhaft sein, nur daß es hier die Erlaubnis zu einer stattgehabten Besitzergreifung wäre, man sie also auch als Besitzbehaltungserlaubnis bezeichnen könnte. Nach der Gegenansicht ist in den Fällen, wo der Besitz ohne Wissen und Willen des Eigentümers erlangt ist, zur Erfüllung der Vertragspflicht des Eigentümers als Vermieter oder Verkäufer die Erteilung der Besitzbehaltungserlaubnis erforderlich, und erst nach ihrer Erteilung ist das den Besitzer nach § 986 BGB. schützende Recht zum Besitz zur Entstehung gelangt, vorher besteht nur ein Anspruch auf Erlaubniserteilung. — Vertritt man diesen Standpunkt, so kommt man ebensowenig wie Wolff zu dem von ihm angeführten unerwünschten Ergebnis; denn normalerweise wird derjenige, der eine Sache kauft, bezahlt und sie dann, nachdem der Eigentümer

[13]) Wolff, Das Recht zum Besitz. S. 154. Anm 1.

sie vor Uebergabe verloren hatte, findet, gar nicht daran denken, sie zurückzugeben, sondern sich für den berechtigten Besitzer halten und regelmäßig auch als solcher vom Eigentümer bestätigt werden und zwar meist gleichzeitig mit der Eigentumsübertragung nach § 929 S. 2 BGB. Ebenso wie hier der Käufer, dem der Eigentümer mit Klage droht, nur nachträgliche Erteilung der Erlaubnis zu seiner Besitzergreifung beanspruchen könnte, nicht mehr Uebergabe im engeren Sinne, so auch dort, wo er unterdessen den Besitz durch Verlieren oder Diebstahl wieder eingebüßt hat. Allerdings wird dem Käufer jetzt an der Erlaubnis zur stattgehabten Besitzergreifung nicht mehr gelegen sein. Für den Fall aber, daß er doch noch „Uebergabe" verlangte, würde der Verkäufer nicht zögern, ihm diese Erlaubnis zu erteilen. Damit würde der Verkäufer seiner Uebergabepflicht genügt haben, eine Uebergabe im weiteren Sinne hätte stattgefunden. Verlangte der Käufer nur Eigentumsverschaffung, die für den Fall von Wert wäre, daß der Vertragsgegenstand bei einem Dritten noch ein mal entdeckt würde, so läge die Erlaubnis schon in der nach § 931 BGB. erfolgenden Eigentumsübertragung. Auch wenn man nicht auf dem Wolffschen Standpunkt steht, gelangt man nicht zu dem von ihm angeführten unbilligen Ergebnis.

cc_1) Stützen will man ferner die Wolffsche Ansicht über das Recht zum Besitz darauf, daß im § 986 BGB. Voraussetzungen über die Entstehung dieses Rechts nicht aufgestellt sind, und darum die Art und Weise der Besitzerlangung ohne Bedeutung und nur für den Besitzschutzstreit nicht ganz gleichgültig sei.[14])

Der § 986 BGB. ist in Wahrheit knapp gefaßt, so daß er der Wolffschen Ansicht nicht entgegensteht. Deswegen braucht er aber immerhin noch keine Stütze für sie zu sein. Es ist dies ja nicht der einzige Fall, daß ein Begriff in einem § des BGB. nicht erläutert ist und erst andere Gesetzesstellen auf diesen Begriff hin untersucht werden müssen. Wie schon erwähnt, ist der Ausdruck „zum Besitz berechtigt" nur in wenigen Paragraphen zu finden. Nach § 1036 BGB. gibt ein dingliches Recht ein Recht zum Besitz. Daß in diesem Fall die Art der Besitzerlangung nicht gleichgültig ist, ergibt sich aus § 1032 BGB. Hier ist die Lage jedoch eine ganz andere insofern, als Recht auf Besitz und Recht zum Besitz, falls diese nicht dasselbe be-

[14]) Schlemmer, S. 33.

deuten, nicht auseinanderfallen und durch die Uebergabe überhaupt erst das Nießbrauchsrecht entsteht. Auch § 991 BGB. kann uns keinen Aufschluß über die streitige Frage geben, sei es, daß man in jeder Besitzerlangung ein „Ableiten" des Rechts zum Besitz vom Eigentümer oder oberen Besitzer sieht, sei es, daß man ohne Uebergabe den Besitz und das Besitzrecht für nicht „abgeleitet" erachtet. — Nur aus dem § 863 BGB. läßt sich etwas über das Recht zum Besitz herauslesen. Und zwar spricht der § für die Wolffsche Ansicht; denn seinem Wortlaut zufolge — es heißt hier „Recht zum Besitz", nicht „Recht auf Besitz" — besteht ein Recht zum Besitz auch bei Besitzerlangung durch verbotene Eigenmacht, es wirkt nur nicht der Besitzschutzklage gegenüber, da sonst der Selbsthilfe Tür und Tor geöffnet wären. Besteht dieses Recht schon bei verbotener Eigenmacht, so umsomehr in den anderen Fällen der ohne Dazutun des Eigentümers erfolgten Besitzerlangung.

dd_1) Für die herrschende Ansicht sprechen auch die sich regelmäßig ergebenden billigen Ergebnisse, während vom andern Standpunkt aus man oft zu dem Sinn und Zweck des Gesetzes widersprechenden Ergebnissen gelangen müßte. Z. B. könnte der Eigentümer seinen besitzenden Vertragsgegner schädigen, indem er ihn nach § 985 zur Herausgabe verurteilen ließe und ihm Prozeßkosten verursachte, obgleich er gar nicht willens ist, ihm die Sache für immer zu entziehen. Er könnte auch Herausgabe der Sache verlangen in der Absicht, sie für sich zu behalten oder anderweitig zu verwerten. Beides aber würde dem Rechtsempfinden und dem Sinn des Gesetzes widersprechen; denn im ersten Fall wäre ein unnötiges Prozessieren die Folge, im zweiten würde die Verurteilung zur Herausgabe außerdem Begünstigung des Vertragsbruchs bedeuten.

Allerdings wäre es vielleicht möglich, auf anderem Wege zu billigen Ergebnissen zu gelangen, was Wolffs Gegner ja auch versuchen, und die Anerkennung eines Rechts zum Besitz in den streitigen Fällen als ungerechtfertigte Konzession an die Bequemlichkeit abzulehnen.

Raape z. B. behauptet, daß man auf Grund des § 273 BGB. zur Abweisung des Eigentümers gelangen könnte.[15]) Wie dieser Paragraph hier anzuwenden ist, hat er allerdings nicht genügend erklärt. Man wird es sich wohl so zu denken haben, daß der Käufer, Mieter

[15]) Raape in dogm. Jahrb. 71, 165.

usw. zwar dem Eigentümer als solchem Herausgabe schuldet, zugleich aber einen fälligen Anspruch auf Besitzbehaltungserlaubnis — Uebergabe im weiteren Sinne — haben muß, so daß er darum die Sache zurückbehalten kann. Man kann den § 273 BGB. auch bei dinglichen Ansprüchen anwenden, [16]) also auch beim Eigentumsanspruch, der ja aus einem „rechtlichen Verhältnis" hervorgegangen ist. Auch kann man die erforderliche Voraussetzung, daß Verpflichtung und Anspruch des Schuldners auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen müssen, hier für vorliegend erachten, da nach der heute vorherrschenden Ansicht die beiden Ansprüche nicht notwendig auf ein und demselben obligatorischen Rechtsverhältnis zu fußen brauchen, sondern nach den Gesetzesmaterialien, [17]) der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts [18]) und der h. M. unter den Schriftstellern ein innerlich zusammengehöriges, einheitliches Lebensverhältnis, ein natürlicher wirtschaftlicher Zusammenhang genügt. Und trotzdem wird man nicht mit Raape den § 273 BGB. hier für anwendbar erklären können. Es ergibt sich nämlich aus diesem §, daß der Schuldner, wenn die ihm gebührende Leistung bewirkt wird, nun selbst noch eine Leistung schulden und bewirken muß. In unserm Falle aber würde der Besitzer, dem die Erlaubnis, die Sache zu behalten, erteilt worden wäre, auf Grund des dinglichen Anspruchs des Eigentümers nichts mehr schulden, ein Zeichen, daß § 273 BGB. für derartige Verhältnisse nicht bestimmt ist. Die Anwendung des § 273 BGB. auf den vorliegenden Fall wäre zum wenigsten gewagter, als dem ohne Uebergabe bezw. Ueberlassung in den Besitz Gelangten ein Recht zum Besitz zuzusprechen.

Während Last [19]) auf die Folgen der Ablehnung der herrschenden Ansicht nicht eingeht, bemüht sich M. Scherk, auch zu den Wolffschen Ergebnissen zu gelangen. Obgleich sie ein Recht zum Besitz überall dort nicht zugestehen will, wo der Besitz ohne Willen des Eigentümers erlangt ist, behandelt sie eingehend nur den Fall, daß der Gläubiger sich durch verbotene Eigenmacht in den Besitz der Sache gesetzt hat. [20]) Da dieser Fall durch die §§ 861 ff. geregelt ist, dürfte gerade für ihn der Besitzrechtsstreit weniger praktisch werden und

[16]) Oertmann, Sachenrecht § 273, I d; RGK. zu § 273 u. a.
[17]) Motive zu § 273, 1.
[18]) RG. 57, 7; 59, 202; 68, 34; 72, 65; 72, 103.
[19]) Last in Grünhuts Z. 36, 433 ff.
[20]) M. Scherk, S. 46.

der Einwurf, daß bei Annahme eines Besitzrechts der Selbsthilfe Tür und Tor geöffnet würden, sich erübrigen. Ob man das Recht zum Besitz bei verbotener Eigenmacht verneint, ob man es bejaht, einen Vorteil würde der Eigentümer mit der Verfolgung seines Zweckes durch die Eigentumsklage statt der Eigenmachtsklage ja auch gar nicht haben, es sei denn, daß § 864 Abs. 1 BGB. gegen die Eigenmachtsklage geltend gemacht werden könnte, oder § 864 Abs. 2 BGB., falls man unter dem Recht an der Sache im Anschluß an verschiedene Schriftsteller hierunter auch ein obligatorisches Recht verstünde.[21]) Für den Fall der Erhebung der Eigentumsklage, die hier praktisch allerdings kaum denkbar ist, gelangt M. Scherk zu demselben Ergebnis wie Wolff, nämlich zur Abweisung des Eigentümers, der mit § 985 BGB. gegen den Eigenmächtigen vorgeht auf Grund analoger Anwedung des § 864 BGB. bei der Eigentumsklage. Es soll nämlich nicht dem Sinn des Gesetzes entsprechen, daß der Dejizierte, der mit der Eigentumsklage vorgeht, Verurteilung erwirkt, während er bei genau derselben Situation nicht einmal mit der Besitzschutzklage durchdringen würde. — Wolff[22]) zieht § 864 BGB. heran, um damit zu beweisen, daß bei Geltendmachen des Rechts zum Besitz gegen die Eigentumsklage kein Widerspruch zu der Eigenmachtsklage, gegen die nach § 863 BGB. ein Recht zum Besitz nicht vorgebracht werden kann, vorliegt und um zu bekräftigen, daß ein Recht zum Besitz auch bei verbotener Eigenmacht vorliegen muß. Dagegen sagt M. Scherk, daß entsprechend § 864 BGB. entschieden werden müsse, weil die Sachlage genau dieselbe sei, obgleich kein Recht zum Besitz vorliege. Wollte man ihre Ansicht teilen, so wäre dem Besitzer nur bei Besitzerlangung durch verbotene Eigenmacht geholfen. Es gibt jedoch, wie schon vorher erwähnt, noch andere Fälle, in denen der Besitz ohne Uebergabe oder Ueberlassung erlangt ist. Diese Fälle berücksichtigt M. Scherk nicht. Sie bleiben ungelöst, obgleich es dem Billigkeitsempfinden entspricht, daß, wenn der Dejizient die Sache behalten darf, diese Befugnis erst recht einem andern Besitzer gebühren muß, der auch ohne Uebergabe Besitzer geworden ist. Hier käme eine analoge Anwendung des § 864 BGB. nicht in Betracht. Man müßte versuchen, im Gesetze einen Weg zu finden, um den durch Fund z. B. in den Besitz Gelangten nicht schlechter zu stellen.

[21]) RG. Komm., Sachenrecht zu § 864 II, Rosenberg zu § 864 II u. a.
[22]) Wolff, Recht zum Besitz, S. 155.

Zunächst könnte man an den § 226 BGB. denken, den der Richter von sich aus zu berücksichtigen hat. Klagt der Eigentümer mit § 985 BGB. gegen den obligatorisch auf den Besitz Berechtigten, der ohne seinen Willen in den Besitz gelangt ist, so wird der Richter sich — bewogen durch dieses seltsame Begehren — nach dem Grund des Herausgabeverlangens erkundigen, da der Besitzer nach Herausgabe ja wieder Besitzverschaffung beanspruchen könnte und eventuell darauf klagen müßte. Kann der Eigentümer keinen Grund angeben, so könnte es sich nur um ein Schikanieren des Besitzers handeln, d. h. der Eigentümer würde ein formelles Recht ausnutzen, nur um dem Beklagten Prozeßkosten aufzubürden. Auch wäre es sinnlos, dem Eigentümer die Sache herauszugeben, wenn er sofort zu einer Uebergabe im engeren Sinne bereit wäre. Diese Fälle dürften allerdings sehr selten sein, und man könnte sie ebensogut zusammen mit den anderen betrachten, z. B. wo der Eigentümer sein Verlangen damit begründet, daß er die Sache für sich behalten oder anderweitig darüber verfügen möchte. Zur Vermeidung eines unbilligen Ergebnisses ließe sich hier vielleicht das dem § 986 BGB. zu Grunde liegende Prinzip „dolo facit qui petit quod redditurus est" über diesen Paragraphen hinaus zur Anwendung bringen, d. h. auch wenn ein Besitzrecht im Sinne des § 986 BGB. nicht vorliegt.

In Anbetracht eines solchen Notwegs scheint es durchaus vernüftig und praktisch zu sein, ein Recht zum Besitz anzunehmen und es nicht als unberechtigte Konzession abzulehnen.

bb) Hat sich auch schon ein Plus für die Wolffsche Ansicht ergeben, so bestände für die Gegenmeinung [23]) doch noch die Möglichkeit, falls sie durchschlagende Gründe zu ihrer Rechtfertigung hätte, jene zu widerlegen. Wie schon erwähnt, vertritt die Gegenansicht den Standpunkt, daß sich das Recht zum Besitz nicht an die bloße Tatsache des Vertragsabschlusses und des Besitzes knüpfe. In dem Abschluß eines auf Besitz gerichteten Vertrages sei nämlich erst das Versprechen der Uebergabe enthalten, nicht schon die Erlaubnis zur Besitzergreifung als Teil der Uebergabe im weiteren Sinne. Solange diese Erlaubnis nicht erteilt sei, besitze der Vertragsgegner, der ohne Uebergabe im engeren Sinne in den Besitz der Sache gelangt sei, nicht sine vitio, er habe kein Recht zum Besitz, da er sein Recht auf

[23]) M. Scherk, Last, Raape.

Uebergabe oder auf den Besitz nicht selbständig in ein solches verwandeln könne.

aa_1) Verteidigen ließe sich diese Ansicht vielleicht damit, daß der Eigentümer nur nach ihr den ihm gebührenden Schutz genieße; denn hätte z. B. der Käufer, der den Besitz ohne Uebergabe erlangt, den Kaufpreis aber noch nicht bezahlt hat, obgleich dieser nicht gestundet ist, ein Recht zum Besitz, so könnte der Eigentümer die Sache mit § 985 BGB. nicht herausbekommen. Er müßte, wollte er nicht Schaden erleiden, auf Zahlung des Kaufpreises klagen, falls der Käufer nicht freiwillig zahlt, eventuell zwangsvollstrecken lassen und würde mit Zeitverlust und Unbequemlichkeit erst zu dem ihm Zustehenden gelangen. Hätte der Verkäufer aber den Besitz nicht verloren, so blieben ihm alle Unannehmlichkeiten erspart, da er auf Grund des § 322 BGB. den ihn sichernden Besitz nicht ohne die Gegenleistung aufzugeben brauchte, seine Lage also eine weit günstigere wäre.

Aber auch nach der Wolffschen Ansicht soll eine derartige unverschuldete Schlechterstellung des Eigentümers nicht eintreten, sondern das Zug-um-Zug-Prinzip analog angewandt werden, d. h. wenn der Verkäufer nach der Besitzrechtseinrede die Nichtzahlung des Käufers replikweise vorbringt, soll der Käufer zur Herausgabe verurteilt werden, ihm aber nachgelassen werden, die Herausgabe durch Zahlung des Kaufpreises abzuwenden. In Anbetracht eines solchen Urteils ist die Annahme eines unbedingten Besitzrechts unmöglich. Vielmehr kann es sich, da noch nicht alle Vorbedingungen erfüllt sind, auch nach Wolffs Ansicht höchstens um ein bedingtes derartiges Recht handeln. Jedoch dürfte die Anwendung des Zug-um-Zug-Prinzips gar nicht so bedenkenfrei sein. M. E. liegt, falls der Kaufpreis nicht gestundet ist, überhaupt kein Recht zum Besitz vor. Die Zahlung des Kaufpreises ist wesentlich für das Entstehen des Rechts zum Besitz. Bei Nichtzahlung müßte m. E. ein unbedingtes Urteil auf Herausgabe erfolgen; denn schon die Ladung zum Termin ließ dem Käufer Zeit, den Kaufpreis zu bezahlen. Weigerte sich der Verkäufer, denselben anzunehmen, so konnte der Käufer nach § 372 BGB. die Summe hinterlegen und wäre so völlig sicher gegangen. Wollte er diesen umständlicheren Weg, zu dem er bei Annahmeverzug des Gläubigers ja nur berechtigt, nicht verpflichtet ist, nicht einschlagen, so müßte er zum wenigsten am Termin Zahlung leisten, die der Gläubiger nunmehr beim Hinweis auf die Aussichtslosigkeit sei-

nes Vorgehens nicht anzunehmen sich weigern würde. Warum dem Schuldner, der Zahlung noch nicht angeboten hat, infolge einer bedingten Urteilsfällung erst noch ein Zahlungsaufschub gewährt werden soll — denn letzten Endes würde ein bedingtes Urteil stets dazu führen — ist nicht einzusehen. Der § 322 BGB. läßt sie nicht gerechtfertigt erscheinen. Vielmehr ist eine unbedingte Verurteilung zur Herausgabe für den Fall, daß nicht im einzigen oder letzten Verhandlungstermin spätestens Zahlung erfolgt, vollkommen gerechtfertigt. Stimmt man im wesentlichen mit Wolff überein, nur in diesem Punkte nicht, so gelangt man dennoch zu einem annehmbaren Ergebnis.

bb_1) Die Gegenansicht könnte man fernerhin mit dem Hinweis darauf zu rechtfertigen versuchen, daß das umfassendste dingliche Recht unberechtigt beschränkt würde durch das Entstehen des Besitzrechts bei Besitzerlangung ohne den Willen des Eigentümers; denn ist der Verkäufer oder Vermieter im Besitze des Vertragsgegenstandes, so kann er noch immer nach Belieben mit ihm verfahren. Er kann ihn zerstören, noch einmal verkaufen oder vermieten und übergeben u. a. m. Zwar macht er sich dadurch seinem ersten Vertragsgegner schadensersatzpflichtig, aber die Sache selbst kann dieser nun nicht erlangen, wenigstens nicht sofort, die Erfüllung des von ihm abgeschlossenen Vertrages ist unmöglich geworden. Nur in den seltenen Fällen, in denen die erschwerten Voraussetzungen des § 826 BGB. nachgewiesen werden, würde nach jüngerer Ansicht der erste Vertragsgegner in den Besitz der Sache noch gelangen können.

Einwenden läßt sich hiergegen jedoch, daß trotz der Möglichkeit, anders zu disponieren, selbst für den besitzenden Eigentümer die moralische und rechtliche Pflicht besteht, seine obligatorischen Verträge zu halten. Wollte das Gericht dem Eigentümer die Wiedererlangung vom besitzenden Vertragsgegner zusprechen auf sein Vorbringen hin, daß er anders über die Sache disponieren wolle, so würde es selbst den Vertragsbruch begünstigen. Auch kann der Eigentümer nach Vertragsschluß die Sache nicht mehr für sich behalten; denn der Käufer ist imstande, Zwangsvollstreckung zur Herausgabe der Sache zu betreiben. Daraus ergibt sich, daß es eine Besonderheit des umfassendsten dinglichen Rechts ist, daß der Eigentümer, solange er im Besitze ist, noch die Dispositionsmöglichkeit über seine Sache behält, obgleich er bezüglich derselben obligatorisch gebunden ist. Diese für

den verpflichteten Eigentümer während der Dauer seines Besitzes unter Umständen sehr günstige Stellung schützt den Dritten, was um des nach außen sichtbaren Besitzes willen gerechtfertigt erscheint. Rechnet man mit einem Teil der Schriftsteller[24]) zum Recht an der Sache im Sinne des § 864 Abs. 2 BGB. auch ein obligatorisches Recht, so findet die Ansicht, daß die Behandlung des nicht besitzenden verpflichteten Eigentümers bezüglich der Dispositionsmöglichkeit über seine Sache keine ungerechtfertigte Beschränkung des Eigentums bedeute, in diesem Paragraphen eine wichtige Stütze. Daß also der Eigentümer die Möglichkeit anders zu disponieren verliert, sobald er nicht mehr Besitzer der Sache ist, kann demnach kein Rechtfertigungsgrund für die Gegenansicht sein.

Ein Widerspruch gegen die Natur des umfassendsten dinglichen Rechts ließe sich auch in dem anders liegenden Falle erblicken, wo der Eigentümer zwei Verträge über dieselbe Sache abgeschlossen hat, und einer der beiden Gläubiger danach ohne dessen Willen in den Besitz derselben gelangt ist, falls man ihm daraufhin ein Recht zum Besitz zusprechen und dem Eigentümer die Entscheidungsmöglichkeit versagen wollte. Hier ist die Sachlage schwieriger. Zwei Verträge hat der Eigentümer geschlossen. Beiden Gläubigern gegenüber besteht die Pflicht zur Uebergabe derselben Sache, beide verdienen gleichen Schutz, da der Eigentümer beim Vertragsabschlusse jedesmal im Besitze des Vertragsgegenstandes war. Die vorher angeführten Gründe für die Berechtigung des Verlustes der Dispositionsmöglichkeit des Eigentümers sind nicht alle hier am Platze. Es fragt sich, ob der Eigentümer nicht wenigstens in diesem Falle die Entscheidung, wem er erfüllen will, in der Hand behalten muß, der Besitzer ein Recht zum Besitz nicht erlangt hat. Zwei Fälle sind hierbei zu unterscheiden: Einmal, daß der zweite Vertrag irrtümlich abgeschlossen wurde, zum andern, daß irgend ein Interesse des Eigentümers ihn zum zweiten Vertragsschlusse bewog. Daß der zweite Vertragsgegner, wenn er in den Besitz gelangt ist, schon ein Recht zum Besitz haben und der Eigentümer bei Aufdeckung seines Irrtums nicht mehr dem ersten zu erfüllen imstande sein soll, könnte als unzulässige Beschränkung erscheinen. Bei Annahme eines Besitzrechts wird man auch im

[24]) Rosenberg, Sachenrecht zu § 864 Abs. 2; RGK. Sachenrecht § 864 Abs. 2, Anm. 3; Kreß S. 342, Anm. 899; Kretzschmar, § 864 Abs. 2. — Zu demselben Ergebnis Strohal in Jherings Jahrb. 38, S. 120.

Irrtumsfalle unabwendbar zu diesem Ergebnis gelangen; denn da es sich um einen Motivirrtum handelt, — daß schon jemand ein Recht auf den Besitz dieser Sache hat, bedeutet keine wesentliche Eigenschaft derselben (§ 119 Abs. 2 BGB.) — kann der Eigentümer den zweiten Kaufvertrag nicht nach § 119 BGB. anfechten, auf Grund dessen dem Käufer-Besitzer das Besitzrecht entzogen würde. Ebenso verhält es sich in dem Fall, wo der Eigentümer vorsätzlich dieselbe Sache zum zweitenmal vermietet oder verkauft hat, z. B. weil ihm ein höherer Mietzins bezw. Kaufpreis geboten wurde. Auch hier ist eine Anfechtung nicht möglich. Teilt man die Wolffsche Ansicht, so muß man dem Eigentümer, den sein Vorhaben, den ersten Vertrag zu brechen, gereut, die Berechtigung noch an den ersten zu leisten, absprechen, falls der zweite in den Besitz der Sache gelangt ist, ebenso an den zweiten — um Vorteil zu ziehen — wenn der erste Besitzer geworden wäre. Ein Ablehnungsgrund für dieses Ergebnis besteht nicht, wie aus dem weiteren hervorgeht. Wie schon gesagt, hat sowohl der erste als der zweite Vertragsgegner das Recht, Erfüllung zu verlangen, ohne daß Erfüllung an beide möglich ist. Beide verdienen auf Grund des Offenkundigkeitsprinzips gleichen Schutz. Es ist darum nicht einzusehen, warum derjenige, der zuerst die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt hat, nicht gesichert sein soll, wo er doch ebenso gutgläubig sein kann wie der andere Vertragsgegner. Daß sein Vertrag zufällig später als der des andern geschlossen ist, dürfte kein Grund sein, ihm den Schutz des Besitzrechtes zu versagen; denn daß derjenige, der zuerst einen obligatorischen Vertrag abschließt, dem später Kommenden vorgeht, ist kein Prinzip des BGB. Auch denke man nur an den Fall: Der Eigentümer ist noch im Besitz, und der zweite Käufer z. B. ist rühriger als der erste. Er klagt sofort, und der Gerichtsvollzieher pfändet für ihn die Sache. Es ist nicht nötig, diesen Fall anders zu betrachten als denjenigen, wo der Besitzer durch Glückszufall die Sache erlangt: Zulaufen, Fund, Hingabe durch einen unbefugten Dritten usw. — Auch bei verbotener Eigenmacht braucht nicht anders geurteilt zu werden, da der Eingriff in die Staatstätigkeit, der das Bestehen eines Besitzrechts zuerst unbillig erscheinen läßt, durch § 861 BGB. und evtl. verschiedene §§ des Strafgesetzbuches gesühnt werden kann. Auch die eben geschilderte Situation spricht also nicht für die Gegenansicht.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß sich für die herrschende Ansicht manch ein stichhaltiger Grund anführen läßt, und die von der

Gegenansicht zu ihrer Rechtfertigung angeführten und anführbaren Gründe Angriffen nicht standhalten, darum der herrschenden Ansicht, daß ein Recht zum Besitz auch ohne oder gegen den Willen des Eigentümers entsteht, zuzustimmen ist.

2) Dieses Recht zum Besitz muß dem Eigentümer gegenüber bestehen. Ist es dinglicher Natur, so wird das immer der Fall sein, da ein dingliches Recht gegen jedermann wirkt. Beruht das Recht zum Besitz aber auf einem obligatorischen Rechtsverhältnis, so muß der klagende Eigentümer der aus diesem Rechtsverhältnis Verpflichtete sein. Nur dann ist der Besitzer dem vindizierenden Eigentümer gegenüber unmittelbar zum Besitz berechtigt. Besteht das Recht zum Besitz dem Vorgänger des Eigentümers gegenüber, so genügt es nur, wenn der neue Eigentümer — sei es auf Grund von Schuldübernahme, Gesamtrechtsnachfolge oder gesetzlicher Vorschrift (§ 571 BGB., § 986 Abs. 2 BGB.) — es gegen sich gelten lassen muß. [25])

3) Ferner muß, falls die erste Einrede aus § 986 BGB. Abs. 1 Satz 1 gegeben sein soll, der beklagte Besitzer selbst das Besitzrecht gegen den Eigentümer haben. Er darf nicht Besitznachfolger des dem Eigentümer gegenüber zum Besitz Berechtigten sein. Nur als Erbe desselben, als Universalnachfolger, hat er diese Einrede gegen die Eigentumsklage. Es ist dies die Kehrseite der Regel, daß die Einrede aus dem Recht zum Besitz nur dem daraus verpflichteten Eigentümer und dessen Gesamtrechtsnachfolgern gegenüber wirkt, nicht aber dessen Sonderrechtsnachfolgern, es sei denn, daß es sich um Mobilien handelt, für die § 986 Abs. 2 BGB. eine Ausnahme aufstellt. [26])

II. Noch in einem zweiten Fall, der im § 986 Abs. 1 Satz 1 BGB. aufgeführt ist, gewährt das BGB dem Vindikationsbeklagten eine Besitzrechtseinrede:

Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist.

Wollte sich der Besitzer der Sache nicht aus dem Prozesse ziehen, indem er nach § 76 ZPO. dem mittelbaren Besitzer, zu dem er

[25]) Schlemmer S. 32.
[26]) Siehe Sarfert S. 48.

in einem Rechtsverhältnis der im § 868 BGB. bezeichneten Art steht, den Streit verkündet, und bestünde die Bestimmung des § 986 I 1 b BGB. nicht, so müßte der unmittelbare Besitzer mangels einer direkten Rechtsbeziehung zum Eigentümer dem Herausgabeanspruch Folge leisten.

Die Einrede des Rechts zum Besitz steht also dem Vindikationsbeklagten auch dann zu, wenn er weder ein dingliches Recht an der herausverlangten Sache hat, das gegen jedermann, also auch gegen den Eigentümer geht, noch wenn sein obligatorischer Anspruch auf den Besitz unmittelbar gegen den Eigentümer gerichtet ist. Es genügt, daß der mittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist. Eingeschränkt wird die Abwehrmöglichkeit des Besitzers durch Satz 2 des § 986 Abs. 1 BGB. Der mittelbare Besitzer muß nämlich dem Eigentümer gegenüber zur Besitzüberlassung an den anderen befugt sein.

Da der Besitzer die Sache auch dann nicht herauszugeben braucht, wenn er nicht direkt dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist, sondern nur der mittelbare Besitzer, so bedeutet dieser zweite Fall des § 986 Abs. 1 Satz 1 BGB. eine Erweiterung des ersten. Von den vielen hierher gehörenden Fällen sei als Beispiel nur erwähnt, daß der Untermieter sich auf das seinem Vermieter gegen den klagenden Eigentümer zustehende Mietrecht berufen kann.

1) Für diese zweite Besitzrechtseinrede lassen sich in strenger Beachtung des Wortlauts des Gesetzes fünf Voraussetzungen erkennen, wenn wir Satz 2 des Absatz 1 § 986 BGB. gleich hinzunehmen. [27])

aa) Der Dritte, auf dessen Besitzrecht gegenüber dem Eigentümer sich der Vindikationsbeklagte beruft, oder der „Zwischenmann", wie wir ihn im Anschluß an Wolff [28]) der Kürze wegen nennen wollen, muß dem Kläger gegenüber zum Besitz berechtigt sein.

bb) Der Zwischenmann muß mittelbarer Besitzer sein.

cc) Der Beklagte muß ein Recht zum Besitz haben.

dd) Der Beklagte muß das Recht zum Besitz vom Zwischenmann ableiten, der dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist.

---

[27]) Wolff S. 163, Anm. 2.
[28]) Wolff S. 163, Anm. 2.

ee) Der mittelbare Besitzer muß zur Weiterüberlassung des Besitzes befugt sein.

Fehlt eine dieser fünf Voraussetzungen, so muß der Kläger nach dem Wortlaut des Gesetzes mit der Eigentumsklage durchdringen, sei es, daß er selbst, sei es, daß der Zwischenmann den Besitz erlangt. Der Beklagte hat jedenfalls kein Recht, im Besitz der Sache zu bleiben.

2) Wolff, der als erster die Besitzrechtseinrede eingehend in seinem „Recht zum Besitz" untersucht hat, und ihm nachfolgend die gesamte Literatur zum § 986 BGB. — vorausgesetzt natürlich, daß sie ihn nicht sehr kurz abtut — will sich mehr oder weniger hier nicht streng an den Wortlaut des Gestzes halten, da ihm ein weitergreifendes Prinzip zu Grunde liege, „das der Gesetzgeber in vorsichtigem Tasten nur für einen naheliegenden Anwendungsfall ausgesprochen hat". [29]) Der weiter als der Wortlaut reichende Grundgedanke dieser Norm soll sein, daß nicht nur ein unmittelbar gegen den Kläger gehendes Besitzrecht des Beklagten ihm das Recht, die Herausgabe zu verweigern, verschaffen muß, sondern auch das Besitzrecht oder die Besitzpflicht des Beklagten gegen den Zwischenmann, vorausgesetzt, daß dieser ein Besitzrecht gegen den Kläger hat. Die Fassung der unter 1 bb cc dd ee aufgeführten Voraussetzungen ist nach der herrschenden Ansicht zu eng.

a) Zunächst wird behauptet, der Zwischenmann brauche nicht mittelbarer Besitzer zu sein. Demnach muß sich der beklagte Besitzer, auch ohne Besitzmittler zu sein, auf das Besitzrecht desjenigen berufen können, dem gegenüber er zum Besitz berechtigt ist. Diese Behauptung steht im Widerspruch zum Wortlaut des Gesetzes. Sie ist darum auch nur von Einzelnen, [30]) nicht allgemein anerkannt worden. Sie näher zu begründen, hat erst M. Scherk unternommen. [31])

Daß jemand auf Grund eines Schuldverhältnisses ein Recht zum Besitz erlangt, ohne Besitzmittler zu werden, ist nur für den einen Fall möglich, daß Eigenbesitzrecht begründet wird ohne Uebertragung von Eigentum. Ist ein Schuldverhältnis auf Eigenbesitzrechtsbegründung gerichtet, von den wenigen Fällen z. B. der Kauf, so wird

[29]) Wolff S. 163 — ähnlich OLG. 26. S. 68 ff.
[30]) Wolff, Schlemmer, Rappaport, Endemann, RG. Komm.
[31]) Scherk, § 10 zum folgenden.

bei beweglichen Sachen regelmäßig das Eigenbesitzrecht durch Eigentumsverschaffung an der Sache begründet. Nur wenn der Kaufvertrag sich auf ein Grundstück bezieht, wird durch die Uebergabe an den Käufer Eigenbesitzrecht geschaffen, auch ohne daß der Käufer zugleich Eigentümer des Grundstücks wird. Hier liegt der Hauptfall des eben geschilderten Verhältnisses vor, daß jemand, ohne Besitzmittler zu sein, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist; denn es kann nicht behauptet werden, daß der Kaufvertrag als einziger der auf Besitzerlangung gerichteten Verträge kein Recht zum Besitz verschaffen kann. Eine solche Behauptung ließe sich weder durch die Geschichte noch durch das Gesetz rechtfertigen. Und da für das Besitzrechtsverhältnis zwischen dem berechtigten Eigenbesitzer und dem Eigentümer vom Gesetz keine andern Regeln aufgestellt sind wie für dasjenige zwischen berechtigtem Fremdbesitzer und Eigentümer, so scheint es gegeben, nicht nur Fall 1 im Satz 1 Abs. 1 § 986 BGB. auf den Eigenbesitzer anzuwenden, sondern auch Fall 2. Obgleich der Eigentümer imstande bleibt, über das Eigentum und Eigenbesitzrecht zu verfügen, so hat er doch durch die Begründung des Eigenbesitzrechts sein Eigentümer-Besitzrecht auf den Besitzrechtsgläubiger übertragen. Verfügt er noch einmal über das Recht zum Besitz, so verfügt er in Wirklichkeit über ein fremdes Recht. Ebenso macht er, wenn er gegen einen Dritten auf Herausgabe klagt, ein fremdes Recht geltend. Verlangt er also auf Grund seines Bucheigentums Herausgabe, so kann er grundsätzlich nur Herausgabe an den ihm gegenüber direkt zum Besitz Berechtigten verlangen und auch das nur, wenn die fünfte Voraussetzung nicht gegeben ist, z. B. der Eigentümer ausgemacht hat, daß der Käufer des Grundstücks bis zur Vollzahlung des Kaufpreises das Grundstück keinem andern zum Besitz überlassen darf. — Mit diesen Ausführungen begründet Scherk die Berechtigung der von Wolff aufgestellten analogen Anwendung des § 986 Abs. 1 Satz 1 BGB. auf den Fall, daß der Besitzer sein Besitzrecht von einem zum Eigenbesitz berechtigten Nichteigentümer herleitet. Demnach würde nicht nur der Mieter-Besitzer, sondern auch der Käufer-Besitzer eines Grundstücks dem Eigentümer gegenüber zur Verweigerung der Herausgabe berechtigt sein, wenn er das Grundstück vom Käufer des Eigentümers gemietet bezw. gekauft hätte.

Wenn nun von der Gruppe der Gegner Josef[32]) sagt, Fälle, wie

[32]) Josef in Rhein. Zeitschr. 7. Jahrg.

unter II 2 a angeführt, seien in der Kommission gar nicht erwähnt worden, und das müsse zum Beweise dafür dienen, daß man in solchen Fällen den Herausgabeanspruch des Eigentümers für gerechtfertigt erachtete, so ist damit die Ansicht Wolffs und seiner Anhänger noch nicht widerlegt; denn erstens konnten die Bearbeiter des BGB. nicht lückenlos alle Möglichkeiten vor Augen haben, zweitens ist bei Berücksichtigung der Vorarbeiten immer zu bedenken, daß „nur Textesworte von den gesetzgebenden Körperschaften angenommen und zum Gesetz erhoben werden, nicht Meinungen und Gedanken der Kommissionsmitglieder", [33]) daß also dieselben nicht zu hoch bewertet werden dürfen.

Sodann macht Josef gegen die Wolffsche Ansicht zur Rechtfertigung der Verurteilung des Beklagten geltend, [34]) dieser könne nicht mit dem Einwand gehört werden, daß der Kläger zur Auflassung an den Käufer und dieser wiederum zur Auflassung an den Beklagten verpflichtet sei, da den Beklagten der Vertragsschluß zwischen Eigentümer und Käufer gar nichts anginge und ihm Rechte daraus nicht zustünden. Der erste Käufer könne noch immer auf die Vertragspflicht der Eigentumsübertragung gegenüber dem Eigentümer verzichten und sich nach Belieben mit ihm auseinandersetzen. Nur wenn der erste Käufer seine Rechte aus dem Kaufvertrag — also auch den Anspruch auf Auflassung — an den Beklagten abgetreten habe, könne er diesen gegen die Eigentumsklage vorbringen. Dieser Einwurf Josefs ist nicht berechtigt; denn der Beklagte, dem der erste Käufer seine Rechte aus dem Kaufvertrag nicht abgetreten hat, macht gar nicht geltend, daß der Kläger zur Auflassung an den Käufer und dieser zur Auflassung an den Beklagten verpflichtet sei, sondern beruft sich nur auf sein und des ersten Käufers Besitzrecht. Die Eigentumsübertragungspflicht des Eigentümers an den ersten Käufer berührt er gar nicht. Diese hat für die Besitzrechtseinrede als solche keine Bedeutung. Wenn der Käufer-Besitzer bei Nichterfüllung seitens des zweiten Verkäufers gegen diesen auf Eigentumsübertragung klagt, und der Käufer nun, um seiner Verpflichtung nachkommen zu können, seinerseits vom Eigentümer Eigentumsübertragung verlangen muß, so steht das auf einem andern Blatt. Allerdings kann der erste Käufer auch auf die Vertragserfüllung durch den Eigentümer verzichten. Dann hat der

[33]) Bekker in Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 34, S. 74 f.
[34]) Josef in Rhein. Zeitschr., 7. Jahrg.

zweite Käufer ein Besitzrecht nicht mehr, da der erste dem Eigentümer gegenüber nicht zum Besitze berechtigt ist. M. E. unterscheidet sich dieser Fall nicht von dem andern, daß der Besitzer Pächter des Käufers ist. Auch der Pächter zieht zu seiner Verteidigung nur das Besitzrecht des Käufers heran, er beruft sich nicht auf die Eigentumsübertragungspflicht des Eigentümers gegen den Käufer. Und auch hier kann der Käufer noch auf Vertragserfüllung verzichten und das Besitzrecht des Pächters dadurch zunichte machen, so daß dieser dem Herausgabeverlangen des Eigentümers machtlos gegenübersteht, da § 571 BGB. dem Pächter hier nicht zu Hilfe kommt. Wollte man den Käufer-Besitzer anders behandeln als den Pächter-Besitzer z. B., so würde sich die seltsame Folge ergeben, daß der Kläger nur dort, wo der Beklagte ein weitergehendes Recht hat, durchdringen würde. [35])

Auch der weitere Einwand Josefs und Brodmanns, [36]) daß § 986 Abs. 1 Satz 1 eine Ausnahmevorschrift und darum einer analogen Anwendung nicht fähig sei, schlägt nicht durch; denn hier wird die Wirksamkeit des Besitzrechts gegen den Eigentümer für alle Fälle bejaht, in denen das obligatorische Recht zum Fremdbesitz von einem dem Eigentümer gegenüber zum Besitz Berechtigten erworben ist. Eine Ausnahmebestimmung bringt nur Satz 2 des § 986 Abs. 1 BGB. — Wird dort, wo jemand dem Eigentümer gegenüber unmittelbar zum Besitz berechtigt ist, kein Unterschied zwischen Eigenbesitz- und Fremdbesitzrecht gemacht, so erscheint die Anwendung dieser Bestimmung auch auf den Fall, daß das obligatorische Eigenbesitzrecht nur von einem dem Eigentümer gegenüber unmittelbar zum Besitz Berechtigten erlangt ist, durchaus sinngemäß, wie M. Scherk sagt. [37]) Ferner sind auch die von Josef zur Bekräftigung der Unmöglichkeit einer Ausdehnung dieses Satzes angeführten Zweifel des gemeinen Rechts darüber, ob der Besitzer überhaupt gegen die dingliche Klage auf Herausgabe ein persönliches Recht zum Besitz geltend machen dürfe, in der Praxis und Lehre des neueren gemeinen Rechts verschwunden und in älteren Zeiten so gering, daß sie der Ansicht Wolffs und anderer hier nicht im Wege stehen dürften.

[35]) RGK. zu § 986.
[36]) Planck — Brodmann, Sachenrecht § 986 Ib
[37]) Scherk S. 60.
[38]) Josef in Rhein. Z. 7, 370.

Ebensowenig hält der Einwand Brodmanns, daß hier das möglicherweise sehr verwickelte Rechtsverhältnis des Besitzers zum Vorbesitzer klargelegt werden müsse, stand, da immer, wenn Fall 2 des § 986 Abs. 1 Satz 1 in Betracht kommt, das Besitzrechtsverhältnis zwischen dem Geschützten und dem Zwischenmann dargelegt werden muß. Es dürfte aber nicht schwieriger sein, das Vorhandensein eines Kaufvertrags als eines besitzvermittelnden Schuldverhältnisses darzutun. [39])

Nach Stammler [40]) soll der Nachfolger im Besitz des Grundstücks die sog. exc. rei v. et tr. nicht erheben können; denn es sei unzulässig, neben dem ergänzenden Rechtssatze des § 999 BGB., in dem eine Abtretung des dem Vorbesitzer zustehenden Impensenersatzes zu erblicken sei, andere ergänzende Rechtssätze zu Gunsten eines Besitznachfolgers aufzustellen.

Diesen Einwurf hat aber Wolff [41]) damit widerlegt, daß, wollte man in § 999 BGB. eine Abtretung des dem Vorbesitzer gebührenden Impensenersatzes sehen, das argumentum e contrario nur zu der Annahme führen würde, andere als die Impensenersatzansprüche seien nicht mit abgetreten. Damit wäre aber noch kein Beweis für die Stammlersche Ansicht erbracht; denn wenn sich der Vindikationsbeklagte auf das Recht seines Vormanns beruft, so macht er stets ein fremdes Recht geltend, nicht ein auf Grund einer erfolgten Cession nunmehr eigenes.

Auch bedeutet die analoge Anwendung des § 986 I 1 b BGB. keine unberechtigte Rücksichtnahme auf den Käufer-Besitzer; denn ebenso wie der direkt vom Eigentümer Kaufende gegen diesen ohne Grundbuchvermerk geschützt ist, müßte es auch der zweite Käufer sein. Daß er sich die Rechte aus dem Kauf des ersten Käufers abtreten lasse, und sich erst eine Vormerkung im Grundbuch verschaffe, dürfte nur um des Schutzes gegen Dritte willen erforderlich sein, nicht um sich gegenüber dem Eigentümer behaupten zu können.

Der Wolffschen Ansicht bezüglich dieser Voraussetzung für die Einredebefugnis des Besitzers muß man danach sich m. E. anschließen. Nur dann wird die prinzipiell vom Gesetz mißbilligte Wirkung

[39]) M. Scherk.
[40]) Stammler S. 167, 168.
[41]) Wolff S. 165.

vermieden, daß der Streitgegenstand einen Kreislauf durch die Hände der Berechtigten macht.[42])

b) Daß auch bezüglich der sich aus dem Wortlaut ergebenden dritten Voraussetzung der § zu eng gefaßt sei, weil hier nur von einem Recht, nicht aber einer Pflicht zum Besitz gesprochen ist, muß abgelehnt werden, wenn man die Ansicht vertritt, daß, wer zum Besitze verpflichtet ist, bei Vorliegen eines Rechtsverhältnisses in der Art des § 868 BGB. auch dem Gläubiger gegenüber solange zum Besitz berechtigt ist, als dieser noch nicht Rückgabe verlangt.[43]) Von diesem sehr einleuchtenden Standpunkt aus wären die Worte „oder verpflichtet" im § 868 BGB. allerdings überflüssig. Nur wenn man diese Meinung nicht vertritt, wird man das nach dem Gesetzestext bestehende Erfordernis des Rechts zum Besitz gegenüber dem Zwischenmann in Uebereinstimmung mit meines Wissens sämtlichen Schriftstellern[44]) für zu eng bezeichnen und die Pflicht zum Besitz des Beklagten gegenüber dem Zwischenmann für genügend erachten dürfen. Eine unterschiedliche Behandlung läßt sich dem Geiste des Gesetzes nach nicht rechtfertigen.

c) An dritter Stelle ist von der vierten Voraussetzung zu handeln, nämlich, daß der Beklagte sein Recht zum Besitz vom Zwischenmann, der dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist, ableiten muß, d. h. der Zwischenmann muß nicht nur jetzt mittelbarer Besitzer sein, sondern es auch nach dem Wortlaut des Gesetzes gewesen sein, der den unmittelbaren Besitz des Beklagten begründet hat. — Von dieser Voraussetzung glaubte auch wieder Wolff als erster absehen zu können. Nach seiner Ansicht soll es genügen, wenn der Beklagte sein Recht zum Besitz von einem Vormann des jetzt zum Besitze Berechtigten ableitet. Wolff führt hier das Beispiel an:[45]) A. verkauft und übergibt sein Grundstück an B., ohne ihm das Eigentum zu verschaffen. B. vermietet und übergibt das Grundstück an C., so daß er mittelbarer Besitzer wird. Dann tritt B. seine Rechte aus dem Kauf an D. ab und macht ihn nach § 870 BGB. zum mittelbaren Besitzer. Hier liegt der Fall vor, daß C. seinen Besitz von B.

[42]) OLG. 26, 69.
[43]) Wolff S. 164 Anm. 1.
[44]) Wolff, Planck, Rappaport, Windscheid-Kipp, Schlemmer, Sarfert, Wittmann u. a.
[45]) Wolff S. 164 Anm. 2.

„ableitet", aber D. das Besitzrecht gegen den Eigentümer A. hat. Trotzdem soll C. — entgegen dem Wortlaut — gegen den Eigentumsanspruch des A. die Einrede aus § 986 I 1 b haben. Diese Ansicht erscheint durchaus praktisch und vernünftig, und man wird ihr zustimmen müssen im Hinblick darauf, daß es nicht möglich war, an jeden seltenen Fall bei der Bearbeitung des BGB. zu denken und ihn zu berücksichtigen.

Hat der Beklagte dem Zwischenmann, dem gegenüber er obligatorisch zum Besitze berechtigt ist, den Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, oder ist er auf andere Art, nicht durch Uebergabe in den Besitz der Sache gelangt, so kommen die Ausführungen unter I in Betracht. Kann man in einem solchen Fall auch nicht sagen, der Beklagte „leite" sein Recht zum Besitz vom Zwischenmann „ab", wie Rappaport es tut, [46]) denn es liegt ein originärer Besitzerwerb vor, von Besitz-Sukzession kann man nur in zeitlicher Beziehung sprechen, der Besitzer kann erst verlangen, daß sein Besitz zu einem derivativen gemacht werde, sagt Wolff, [47]) so wird man hier von diesem Erfordernis absehen dürfen.

d) Soll sich der Beklagte im Falle des § 986 I 1 b BGB. gegen die Klage aus § 985 BGB. behaupten können, so muß außerdem nach Satz 2 der Zwischenmann zur Besitzüberlassung an den Beklagten befugt sein. Hat der Zwischenmann dem Eigentümer gegenüber ein Besitzrecht, aber nicht diese Befugnis (siehe §§ 459, 603, 691, 1215 BGB.), so hat das Vorbringen des Besitzrechts durch den unmittelbaren Besitzer gegenüber der Eigentumsklage keinen Erfolg. Das so erworbene Recht zum Besitz ist dem Eigentümer und seinem Herausgabeanspruch gegenüber nicht wirksam. Der Eigentümer kann aber grundsätzlich bei derartigem Sachverhalt Herausgabe nicht an sich selbst, sondern nur an den Zwischenmann verlangen, es sei denn, daß der Zwischenmann den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will. Der Zwischenmann erhält also, obgleich er den Besitz einem andern verbotswidrig überlassen hat, den Besitz, auf den ihm dem Eigentümer gegenüber ein Recht zusteht, wieder. Der Eigentümer ist gesetzlich gezwungen, das Besitzrecht des Zwischenmanns zu beachten.

Durch § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB. wird nicht nur das Besitzrecht eines am Prozesse Unbeteiligten geschützt, auch das Interesse des

[46]) Rappaport, S. 203 ff.
[47]) Wolff, S. 154, Anm. 2.

Eigentümers wird gewahrt: Er braucht seine Sache nicht bei einem beliebigen Dritten zu lassen. Wenn Leonhard [48]) die Notwendigkeit dieser Bestimmung bezweifelt und sie „eine überaus zartfühlende Rücksichtnahme auf den mittelbaren Besitzer, der sein Versprechen gebrochen hat und dafür nicht allzu streng bestraft werden soll" nennt, so muß trotzdem ihre Zweckmäßigkeit zugegeben werden; denn auf diese Weise wird der Umweg vermieden, daß der unmittelbare Besitzer die Sache an den Eigentümer und dieser sie wieder an den Zwischenmann herausgibt und der Besitzstand, der dem Eigentümer gebührt, wieder geschaffen. Für sich dürfte nämlich der Eigentümer die Sache zunächst noch nicht behalten, es sei denn, daß z. B. bei der Miete die Voraussetzungen des § 553 BGB. vorlägen, auf Grund deren der Eigentümer das Mietverhältnis gekündigt hätte.

Wie soeben dargelegt, hat der Beklagte nicht das Recht, die Herausgabe der Sache zu verweigern, wenn der Zwischenmann dem Eigentümer gegenüber nicht befugt ist, den Besitz dem Beklagten zu überlassen.

Daß aber nur dort, wo es der Wortlaut gestattet, Herausgabe an den Zwischenmann zu erfolgen hat, sonst an den Eigentümer, ist bestritten. Auch diese Bestimmung erschien manchen ausdehnender Auslegung bedürftig.

Der Eigentümer muß nach ihrer Ansicht auch dann auf das Besitzrecht des Zwischenmanns Rücksicht nehmen, wenn kein „Ueberlassen" an den Besitzer stattgefunden hat, sondern dieser den Besitz, auf den er kraft Vertrags mit dem Zwischenmann diesem gegenüber einen Anspruch hatte, auf andere Weise erlangt hat. Es soll z. B. der Eigentümer, falls der Mieter die Sache vertragswidrig weitervermietet hat, der Untermieter aber in den Besitz derselben durch einen Dritten oder durch Gewalt gelangt ist, nur Herausgabe an den Mieter verlangen können. Hierfür spricht der § 869 BGB., der sich allerdings nur auf die Besitzerlangung durch verbotene Eigenmacht bezieht. Aber auch in andern Fällen wird man mit Rücksicht auf die vorigen Ausführungen über das Besitzrecht ebenso entscheiden können. Es ist nicht einzusehen, warum hier ein Umweg gemacht werden soll. Auch sagt der Gesetzestext nicht deutlich, daß eine Ueberlassung stattgefunden haben muß. Er redet nur von Befugnis zur

[48]) Eck - Leonhard S 170, Anm. 1.

Ueberlassung, läßt aber offen, ob der Besitz wirklich „überlassen" sein muß oder nicht.

Auch wenn der Zwischenmann nicht mittelbarer Besitzer ist (nur bei Uebertragung des Eigenbesitzrechts), soll die Bestimmung des § 986 Abs. 1 Satz 2 — weil zu eng gefaßt — entsprechend angewandt werden.[49]) Zu den Fällen, die hier in Betracht kommen können, gehört, daß der Käufer-Besitzer eines Grundstücks dasselbe an einen andern verkauft und übergibt, obgleich er dem Eigentümer gegenüber sich verpflichtet hat, bis zur Vollzahlung des Kaufpreises die Sache selbst zu behalten. Hier kann der Eigentümer auch nur Herausgabe an den ersten Käufer verlangen, da er, wie vorher erörtert, ein fremdes Besitzrecht geltend macht, also auch nur Herstellung des diesem Recht entsprechenden Besitzstandes verlangen kann. Nur wenn der erste Käufer den Besitz erlangt, ist der rechtmäßige Zustand wieder hergestellt.

Ob man soweit gehen darf, dem Eigentümer nicht einmal dann zu gestatten, mit der Eigentumsklage Herausgabe an sich zu verlangen, wenn ein Dieb seine Sache dem ihm gegenüber zum Besitz Berechtigten gestohlen oder ein Finder die verlorene Sache gefunden hat, erscheint zweifelhaft. Der frühere unmittelbare Besitzer hat jetzt nicht einmal mehr den mittelbaren Besitz. — Hier wird man mit Rücksicht auf den § 869 Abs. 2 BGB. sagen dürfen, daß der Eigentümer nur die Herausgabe an den ihm gegenüber zum Besitz Berechtigten, falls dieser zur Wiederinbesitznahme fähig und willens ist, verlangen kann.[50]) Es läßt sich aus der gesetzlichen Regelung des § 986 Abs. 1 der Grundsatz entnehmen, daß die Vindikation sich stets, wenn ein Dritter zum Besitz berechtigt ist, auf Herausgabe an diesen Dritten richten muß.[51]) Die Bestimmung des § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB. enthält zwar eine Ausnahme, jedoch brauchte aus diesem Grunde eine so weitgehende Auslegung nicht unmöglich zu sein; denn nicht die Beschränkung der Vindikation auf einen Anspruch auf Herausgabe an einen Dritten bildet die Ausnahme, wie Biermann behauptet,[52]) sondern die Gewährung der Vindikation hier überhaupt. Der § 986 Abs. 1 Satz 1 BGB. bestimmt nämlich, daß der Eigentümer kei-

[49]) Wolff, S. 163, 164.
[50]) Wolff, S. 168.
[51]) Scherk — auch zu Folgendem — S. 29, 30.
[52]) Biermann, Anm. 3 b zu § 986.

nen Erfolg mit seiner Klage aus § 985 BGB. gegen den Besitzberechtigten hat. Eine Ausnahme davon macht der Fall, daß das Besitzrecht begründet ist durch unbefugte Besitzüberlassung seitens des Zwischenmannes. Es ergibt sich demnach aus der Art der gesetzlichen Regelung dieses Falles der schon vorher angeführte Grundsatz, daß der Eigentümer von dem ihm gegenüber nicht direkt zum Besitz Berechtigten bei Bestehen eines fremden Besitzrechtes Herausgabe des Gegenstandes grundsätzlich nicht an sich selbst, sondern nur an den Besitzberechtigten verlangen kann. Eine Ausdehnung der in § 986 Abs. 1 Satz 2 enthaltenen Ausnahme findet also nicht statt, da sie darin liegt, daß der Eigentümer hier überhaupt mit einem Anspruch gegen den Besitzberechtigten durchdringt. Es liegt eine Ausnahme zu Gunsten des Eigentümers, nicht des ihm gegenüber unmittelbar zum Besitz Berechtigten vor. Dem Dieb oder Finder wird auf diese Weise kein unberechtigter Schutz gewährt, da er auf jeden Fall zur Herausgabe verurteilt wird.

Die Einwendung, die Rappaport macht,[53]) daß § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB. nicht nur als Schutzvorschrift für den mittelbaren Besitzer betrachtet werden müsse, sondern auch als Beschränkung der Eigentumsklage und diese nur soweit zu reichen habe, „als ihr ein vom Willen des mittelbaren Besitzers beherrschtes Gebiet gegenüberstehe", ist nur auf Grund strengen Festhaltens am Wortlaut möglich, wovon wir aber absehen wollten im Hinblick auf das aus dem § 986 Abs. 1 BGB. herauszuschälende, soeben angeführte Prinzip.

III. Während bei Immobilien die besonderen Vorschriften der §§ 571 ff. BGB. gegen den Sondernachfolger des Eigentümers schützen, ist für das Fahrnisrecht durch Absatz 2 des § 986 BGB. dem unmittelbaren Besitzer gegen den Sondernachfolger des Eigentümers Schutz gewährt. Da bei Fahrnis der Besitz das Recht zum Besitz ersichtlich macht, bedeutet diese Bestimmung keine unberechtigte Benachteiligung für den Erwerber; denn ist der Eigentümer selbst im Besitz der Sache, so kann er neben dem Eigentum auch sofort Besitz verschaffen. Ist er aber nur mittelbarer Besitzer, so daß er nicht gleich tradieren kann, so weiß der Erwerber, woran er ist und erklärt sich mit der Lage einverstanden, wenn er trotzdem erwirbt. Auch geschieht die nach § 931 BGB. erfolgende Eigentumsverschaffung ja über den Kopf des Besitzers hinweg ohne seine Zustimmung.

[53]) Rappaport, S. 208.

1) Da der beklagte Besitzer einer nach § 931 BGB. veräußerten Sache dem Erwerber alle Einwendungen entgegensetzen kann, die ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen, wie das Gesetz sagt, darf er insonderheit dem neuen mit der rei vindicatio vorgehenden Eigentümer die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Rechtsvorgänger des klagenden Eigentümers gegenüber zum Besitz berechtigt ist. Nach Maßgabe des § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB. wird der Eigentümer allerdings mit seinem Herausgabeanspruch durchdringen, wenn der mittelbare Besitzer dem früheren Eigentümer gegenüber zur Ueberlassung des Besitzes an den Beklagten nicht berechtigt war. [54])

Bei einem auf dinglicher Grundlage beruhenden Recht zum Besitz wird der Besitzer durch den Eigentumswechsel nicht betroffen (§ 936 Abs. 3 BGB.). Praktische Bedeutung hat die Vorschrift des § 986 Abs. 2 nur für den Fall, daß das Recht zum Besitz auf einem persönlichen Rechtsverhältnis beruht. Obwohl der neue Eigentümer dem Besitzer gegenüber nicht persönlich verpflichtet ist, muß er das Besitzrecht gegenüber dem früheren Eigentümer gegen sich gelten lassen. Die Rechtsstellung des Besitzers wird durch die erleichterte Eigentumsübertragung nach § 931 BGB. somit nicht gefährdet und verschlechtert. — Nicht nur die Einwendungen, welche zur Zeit des Eigentumswechsels bestanden, kann der Besitzer dem neuen Eigentümer entgegensetzen, sondern auch diejenigen, die erst durch ein später zwischen Besitzer und Veräußerer abgeschlossenes Rechtsgeschäft begründet worden sind, falls der Besitzer die Abtretung bei Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht kennt. Es finden hier nämlich die Vorschriften über die Abtretung einer Forderung entsprechende Anwendung. [55]) — Auch wenn ein Nichteigentümer die Sache veräußert hat, genießt der Besitzer den Schutz des § 986 Abs. 2, vorausgesetzt, daß der veräußernde Nichteigentümer mittelbarer Besitzer der Sache war. Für den Fall, daß ein Nichteigentümer, ohne mittelbarer Besitzer zu sein, die Sache durch Abtretung des Herausgabeanspruchs veräußert, kommt die Möglichkeit einer solchen Einrede des Besitzers nicht in Frage, da nach § 934 BGB. der Erwerber erst Eigentümer wird, wenn er die Sache vom Besitzer erlangt. — Daß ein obligatorisches Recht gegenüber einem vertraglich nicht Verpflichteten wirkt,

[54]) Kober zu § 986, 4 a; Sarfert S. 62.
[55]) Planck, § 986, 2 b; Endemann § 93, Anm. 10; Sarfert S. 70 u. a.

verleiht ihm ein Element der Dinglichkeit. Der Besitz, der zum obligatorischen Recht hinzutritt, verhilft ihm zu dieser besonderen Stellung.

2) Nach dem Wortlaut des § 986 Abs. 2 BGB. findet der hier gewährte Schutz nur bei Abtretung des Herausgabeanspruchs statt, nicht in anderen Fällen der Rechtsnachfolge. Wie schon erwähnt, verfolgt der § 986 BGB. den Zweck, den Besitzer der Sache, die ohne ihn zu befragen veräußert wird, in derselben Lage zu belassen. Sollte es noch andere Fälle geben, in denen ebenfalls über den Kopf des unmittelbaren Besitzers hinweg über die Sache verfügt wird, so würde, falls man streng den Wortlaut des Gesetzes beachtete, der für Verneinung anderer Fälle spricht, eine ungerechtfertigte Benachteiligung des Besitzers gegeben sein, an dessen Sache der neue Eigentümer auf andere Art als nach § 931 BGB. Eigentum erlangt hätte. Dann dürfte man sich wohl der in jüngerer Zeit vertretenen Ansicht anschließen,[56]) daß Zweck und Grundgedanke dieser Bestimmung eine analoge Anwendung bei anderen Eigentumserwerbsarten gestatten.

a) Das erste Mal wurde von Kohler[57]) diese Ausdehnung für möglich erklärt und zwar im Hinblick auf einen recht komplizierten Fall: Jemand mietet für sich ein Pferd auf ein halbes Jahr und läßt es sodann sich, als dem Stellvertreter eines Freundes, durch brevi manu traditio übereignen; wollte der Freund das Pferd vom Mieter vindizieren, so stände ihm der Mietseinwand entgegen. Kohler selbst sagt schon, daß in dem Erwerb für den Auftraggeber regelmäßig ein Verzicht auf das obligatorische Recht enthalten sein wird. Ganz abgesehen aber davon, ob ein solcher Eigentumserwerb praktisch denkbar und juristisch möglich ist (§ 929 Abs. 2 BGB.), möchte ich die Anwendbarkeit des § 986 Abs. 2 BGB. auf ihn verneinen; denn daß hier eine Veräußerung über den Kopf des Besitzers hinweg stattgefunden hätte, die ja gerade der Grund für den besonderen Schutz ist, wird sich nicht behaupten lassen. Die Erstreckung des § 986 Abs. 2 auf den Fall der brevi manu traditio würde also auch dem Grundgedanken dieser Bestimmung gar nicht entsprechen.

[56]) RG. Komm. zu § 986 II; Biermann zu § 986 II und andere.
[57]) Kohler, Vertrag und Übergabe im Arch. f. bürgl. Recht. Bd. 18, S. 94 ff.

b) Anders würde es sich aber verhalten, wenn ein mittelbarer Besitzer nach § 930 BGB. Eigentum übertragen kann. Die herrschende Lehre [58]) und Rechtsprechung bestätigen diese Möglichkeit. Von den RG.-Entsch. ist scheinbar allein RG. 51 S. 88 gegen jede Analogie von § 986 Abs. 2 BGB. Aber man braucht auf das hierin enthaltene Wort „lediglich" kein zu großes Gewicht zu legen, besonders da dieser Fall damals praktisch noch nicht in Erscheinung getreten war.

aa aa_1) Dafür, daß auch der mittelbare Besitzer nach § 930 BGB. Eigentum übertragen können soll, wird zunächst der Wortlaut des Gesetzes angeführt. Der § 930 BGB. redet nämlich vom „Besitzer". Eine ganze Anzahl Schriftsteller steht auf dem Standpunkt, daß, wo das Gesetz in irgendwelcher Beziehung vom Besitzer spricht, der mittelbare Besitzer stets mit einbegriffen sei, da nach BGB. der mittelbare Besitz auch wahrer Besitz ist (§ 868 BGB.). Nur ganz besondere Gründe sollen den Ausschluß des mittelbaren Besitzes rechtfertigen können. [59]) Der § 868 BGB. fordert diese Auffassung heraus, wie selbst Wendt [60]) zugeben muß. Seine Ansicht, daß der mittelbare Besitz nur eine Fiktion und nie mitgemeint sei, wo das Gesetz vom Besitzer spricht, steht heute vereinzelt da und muß verneint werden. Nimmt man eine Mittelstellung ein wie Biermann und Strohal, [61]) die weder annehmen wollen, der mittelbare Besitz sei immer, wo von Besitz im Gesetz gesprochen ist, einbegriffen, noch niemals, sondern jeder einzelne Fall, in dem von Besitz die Rede ist, müsse geprüft werden, so wird man im Gegensatz zu den §§ 1205, 1206, 1253 Abs. 2, nicht leicht erkennen, ob der mittelbare Besitz im § 930 BGB. ausgeschlossen oder mitgemeint ist.

bb_1) Ferner wird zur Begründung dieser Ansicht der § 871 BGB. verwertet. Sein Wortlaut ist derartig weit, daß er der Annahme, auch der mittelbare Besitzer müsse ein Rechtsverhältnis mit jemandem vereinbaren können, wodurch er diesen ebenfalls zum mittelbaren

[58]) Biermann zu § 930; Endemann § 80; Neumann § 930, Ziffer 3; Planck zu § 930; Staudinger-Kober § 930 I b; RG. Komm., Ziff. 2 zu § 930; Scherk S. 102; Warn. 1920 Nr. 13 u. 163. RG. 56, 52 u. a.

[59]) Staudinger zu § 868; Gierke S. 7, Anm. 15; Rosenberg zu § 868; Planck zu § 930; Ruppel S. 3.

[60]) Wendt in Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 87, S. 48 f.

[61]) Strohal in Jherings Jahrbüchern, Bd. 38.

Besitzer macht, nicht im Wege steht.[62]) Jedoch brauchte man den § 871 BGB. nicht wie die herrschende Ansicht auszulegen.[64]) Man könnte aus ihm auch herauslesen, daß der mittelbare Besitzer seine Besitzerrechtsstellung nur nicht verliert, wenn der unmittelbare Besitzer den Verkehrsbesitz unter Begründung eines Rechtsverhältnisses in der Art des § 868 BGB. abgibt und demzufolge seinerseits den mittelbaren Besitz zurückbehält. Eine derartige Aeußerung finden wir in den Motiven zum § 821 II des Entwurfs I,[63]) und auch durch die andere Fassung im II. Entwurf sollte trotz des weiten Wortlauts des § 871 BGB. der Sinn der Bestimmung keine Aenderung erfahren.

Absurde Folgen müßten sich sonst nach Kress' Ansicht ergeben: Der mittelbare Besitz könnte aus dem mittelbaren Besitz selbst wieder abgeleitet werden, und derselbe mittelbare Besitzer könnte, da er den mittelbaren Besitz immer wieder zurückbehält, so beliebig viel Personen zu mittelbaren Besitzern machen, indem er auf diese unter Begründung eines der im § 868 BGB. bezeichneten Rechtsverhältnisse seinen mittelbaren Besitz überträgt. Diejenigen, die den mittelbaren Besitz derart erlangt haben, könnten ihn wieder auf beliebig viele andere übertragen. Bei Eigentumsübertragung wäre dann immer der Veräußerer durch seinen mittelbaren Besitz zur Verfügung legitimiert zu Gunsten gutgläubiger Dritter. Gegen das Eintreten solcher absurden Folgen muß man jedoch einwenden, daß eine derart häufige Begründung von neuem mittelbarem Besitz praktisch gar nicht denkbar ist, und daß, da der Vertrauensschutz beim Erwerb nach § 930 BGB. ungünstiger ist als in den andern Fällen des Eigentumserwerbs, die Erwerbsart nach § 931 BGB. vorgezogen werden wird. Und bei Kenntnisnahme des mehrfachen mittelbaren Besitzes wird regelmäßig auf den Eigentumserwerb überhaupt kein Wert gelegt werden.

Die absurden Folgen, von denen Kress redet, werden m. E. nie eintreten und können seine Ansicht nicht stützen.

cc_1) Auch die herrschende Lehre[66]) und Praxis[67]) im gemeinen

[62]) Planck zu § 930; Staudinger-Kober § 930 I b; Endemann 2. Bd. § 80; „Recht" 1908, Nr. 2564.
[63]) Entwurf I § 821 II in Mot. III S. 128.
[64]) Kress S. 211.
[65]) Prot. III. S. 225.
[66]) A. A. v. Bähr in Jher. Jahrb. Bd. 26, S. 332.
[67]) RGE. 11, 57 ff.; 26, 181; Seuff. Arch. 46 Nr. 1.

Recht bejahten die Möglichkeit der Eigentumsübertragung mittels const. poss. durch den mittelbaren Besitzer. Kohler sagt zwar, [68]) daß dies nur der Fall gewesen wäre, weil der Besitzerwerb durch Anweisung nicht genügend entwickelt war — sie war nämlich an die Mitwirkung des unmittelbaren Besitzers gebunden, was erst durch die neueren Landesgesetzgebungen beseitigt wurde, und daß es prinzipiell nicht richtig gewesen wäre — aber das ändert nichts an der Tatsache, daß das gemeine Recht diesen Standpunkt dauerd eingenommen hat.

Auch das preuß. Recht steht bezüglich des const. poss. auf demselben Standpunkt wie das gemeine Recht. ALR. § 3 I 7 redet vom Besitzer, und daß mit diesem Ausdruck hier ein engerer Begriff verbunden werden soll als an den vielen anderen Stellen, ist nicht einzusehen. Es fehlt jeder Anhalt dafür, denjenigen nicht als Besitzer gelten zu lassen, der Gewahrsam durch einen andern ausübt, heißt es in RGE. 11, 57. Daß das Reichsgericht das const. poss. dem juristischen Besitzer des römischen Rechts zuspricht, während für das römische Recht, wie aus den Rechtsquellen hervorgeht, kein Fall ersichtlich ist, in welchem das const. poss. einem juristischen Besitzer gestattet worden wäre, [69]) kann die Stellungnahme des gemeinen Rechts, in dem sich schon neue Anschauungen über den Besitz bildeten, nicht aus der Welt schaffen.

dd$_1$) Die Vorarbeiten zum BGB. lassen die heutzutage vorherrschende Ansicht über die Möglichkeit des Eigentumserwerbs nach § 930 BGB. vom mittelbaren Besitzer ebenfalls gerechtfertigt erscheinen. Der erste Entwurf [70]) hat zwar das Besitzkonstitut nur für den Inhaber, also lediglich für den Verkehrsbesitzer vorgesehen, aber die 2. Kommission war geneigt, der gemeinrechtlichen Auffassung beizutreten, und beim zweiten Entwurf [71]) ist darauf hingewiesen worden, daß der mittelbar besitzende Eigentümer auch derart sein Eigentum weiter übertragen können müsse, daß er mit dem Erwerber ein const. poss. über die in Besitz des Dritten befindliche Sache abschließe. Ein Widerspruch in sachlicher Beziehung erfolgte nicht. Die Redaktionskommission sollte bei der Fassung hierauf Rücksicht nehmen, hat es

[68]) Kohler, Vertrag n. Übergabe i. Arch. f. bürgl. Recht. Bd. 18, § 7.
[69]) Kreß S. 212 ff.
[70]) Mot. III. S. 97 § 805.
[71]) Prot III S. 204.

aber übersehen. Es wurde nur an den Normalfall der Uebertragung des mittelbaren Besitzes nach § 870 gedacht. Auch heißt es an einer andern Stelle in den Protokollen, [72]) daß fast alle Bestimmungen, die rechtliche Folgen an den Besitz knüpfen, auf das Verhältnis des mittelbaren Besitzes anwendbar seien. Die Redaktionskommission hat es für richtiger und zweckmäßiger erachtet, das BGB. so zu redigieren, daß grundsätzlich unter dem Besitzer auch der mittelbare Besitzer verstanden werden müsse. Bezieht sich ein Rechtssatz nur auf den unmittelbaren Besitz, so müsse es ausdrücklich hervorgehoben werden, soweit es sich nicht schon klar aus dem Zusammenhang ergebe.

bb aa_1) Die Anordnung der Eigentumübertragungsparagraphen kann jedoch auf den Gedanken führen, daß § 931 BGB., der dazu ausdrücklich vom mittelbaren Besitz redet, der einzige Weg für die Eigentumsübertagung bei mittelbarem Besitz des Eigentümers sei.

bb_1) Gegen die Zulässigkeit des const. poss. bei nur mittelbarem Besitz soll ferner die juristische Konstruktion der Eigentumsübertragung durch Besitzkonstitut sprechen; [73]) denn das const. poss. wird als Ersatz der Uebergabe bezeichnet. Bei einer solchen denkt man, wie Goettelmann sagt, an das Uebertragen der Sache auf einen andern, an einen in der Außenwelt sich abspielenden Vorgang. Der Umweg der Hin- und Hergabe soll durch const. poss. erspart werden, nämlich daß der Verkehrsbesitzer die Sache an einen andern abgibt und von diesem sofort wieder zurückerhält unter Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses im Sinne des § 868 BGB. Das Besitzkonstitut soll lediglich die abgekürzte Form für diese Uebertragung des Besitzes sein, wie Kress [74]) sagt. Hin- und Hergabe kann aber nur bei Verkehrsbesitz geschehen.

Von Ersatz der Uebergabe spricht jedoch auch § 931 BGB., wo der Eigentumsübertragende mittelbarer Besitzer und die Uebergabe unmöglich ist. Daß, falls das Besitzkonstitut auch dem mittelbaren Besitzer gegeben sein sollte, die Fassung des § 930 „so kann die Uebergabe ersetzt werden" hätte geändert werden müssen, wie Kress sagt, ist darum nicht einzusehen.

[72]) Prot. IV S. 585.
[73]) Goettelmann, S. 24, 25.
[74]) Kress, S. 212.

cc_1) Auch der Wortlaut des § 930 BGB. könnte zur Ablehnung der herrschenden Ansicht führen. Wäre nämlich unter Besitz hier auch mittelbarer Besitz zu verstehen, so bedürfte es der Hervorhebung, daß der Eigentümer im Besitz der Sache sein muß, eigentlich nicht; denn ein Konstituent, der nicht einmal den mittelbaren Besitz hat, kann nicht auf einen andern mittelbaren Besitz übertragen.

Allerdings könnte man hiergegen wiederum vorbringen, daß im § 930 BGB. ausdrücklich vom Besitz die Rede ist, weil die Unzulässigkeit ausgesprochen werden sollte, sich schon für künftigen Erwerb dinglich zu binden.

dd_1) Es ließe sich vielleicht gegen die herrschende Ansicht auch die Behauptung aufstellen, daß man mit § 931 BGB. stets zu dem gewünschten Ergebnis gelangen könnte, und § 930 BGB. für die Eigentumsübertragung durch den mittelbaren Besitzer gar nicht notwendig sei. Betrachten wir den Fall: A. hat dem B. seine Schafherde verpachtet und will sie an C. veräußern, dem zunächst nur am Eigentum, nicht am unmittelbaren Besitz gelegen ist. Nach § 931 BGB. ließe es sich einfach bewerkstelligen. Dann würde aber C. nach Ablauf des Pachtvertages des B. den unmittelbaren Besitz erlangen, A. gar keine Beziehung mehr zu der Sache haben. Er könnte also auch nicht nach Ablauf des Pachtvertages mit B. die Herde an den Reflektanten X. verpachten, woran ihm wegen besonders hohen Pachtzinsgebotes gelegen ist, oder sie weiterhin selbst behalten. Könnte A. den Nießbrauch an der Herde erlangen, so wäre ihm dieses möglich. Ein Versprechen des C., ihm bei Ablauf des Pachtvertrages des B. den Nießbrauch an der Herde zu bestellen, würde dem A. nicht genügen, ihn nicht so sichern, wie er es wünschte. Wollte man eine Eigentumsübertragung durch den mittelbar besitzenden A. nicht nach § 930 BGB. zulassen, so müßte der Eigentümer A. dem C. den Anspruch auf Herausgabe abtreten, der C. denselben wiederum an den A., um ihm den Nießbrauch zu verschaffen. Denkbar ist ein solches Vorgehen zwar, aber es ist derart umständlich und umwegig, daß eine Eigentumsverschaffung nach § 930 BGB. durchaus angebracht und nicht überflüssig erscheint. Erkennt man die Eigentumsverschaffung nach § 930 BGB. auch beim mittelbaren Besitz an, da sich keine erheblichen Gründe dagegen ergeben, so muß man den § 986 Abs. 2 BGB. auch in diesem Fall für anwendbar erklären.

Zweck und Grundgedanke des § 986 Abs. 2 fordern,[75]) daß diese Lücke im Gesetz, die nur durch ein Uebersehen der Redaktionskommission bleiben konnte, ausgefüllt wird; denn sonst wäre es, wie Langen sagt, dem Eigentümer ein leichtes, den mit § 986 Abs. 2 verfolgten Schutzzweck zu vereiteln.

C.

I. Ob der beklagte Besitzer mit seinem auf obligatorischer Grundlage beruhenden Besitzrechte sich auch im Konkurse des Eigentümers gegen die Vindikation des Konkursverwalters erfolgreich zur Wehr setzen kann, ist bestritten.

Die Motive,[76]) die Rechtsprechung und herrschende Lehre[77]) lehnen die Anwendbarkeit dieser Einrede im Konkurs ab. Da für den Fall, daß das Besitzrecht auf einem Miet- oder Pachtvertag beruht, die besonderen Vorschriften der §§ 19—21 K. O. in Betracht kommen, kann sich der Streit nicht auf das Gebiet dieser Verträge beziehen. Hauptsächlich wird er für Kauf und Tausch in Betracht kommen, mag es sich um einen solchen Vertrag über Immobilien oder Mobilien handeln. Bei beweglichen Sachen wird diese Streitfrage allerdings nicht leicht Bedeutung gewinnen, da mit der Uebergabe regelmäßig das Eigentum des Käufers begründet wird, so daß der Konkursverwalter zur Eigentumsklage gar nicht mehr legitimiert wäre. Es kommen nur die Fälle in Betracht, wo die bewegliche Sache ohne Uebergabe erlangt und ein Besitzrecht daran entstanden ist (B I), ohne daß der Besitzer schon das Eigentum erworben hat. Ist die Sache unter Eigentumsvorbehalt verkauft, so ist von beiden Seiten noch nicht erfüllt, so daß eine Besitzrechtseinrede, wie wir nachher sehen werden, nicht in Frage kommt, wenn der Konkursverwalter nicht Erfüllung wählt.

Weit häufiger hat der Streit für Immobilien Bedeutung, nämlich wenn der Eigentümer sein Grundstück verkauft und übergeben hat, ohne daß Einigung und Eintragung erfolgt sind, und dann in Konkurs fällt.

[75]) OLG. Kiel in Seuff. Arch. 66, 367; Langen in DJZ. 1912, S. 680 ff.
[76]) Mot. III, 422.
[77]) Biermann, Cosack, Kober, Lehmann, Turnau-Foester u. a.

Zu unterscheiden sind zwei Fälle:

1. Der Käufer-Besitzer hat den Kaufpreis noch nicht bezahlt, der Kaufvertrag ist noch von keiner Seite vollständig erfüllt.

2. Der Käufer-Besitzer hat den Kaufpreis bezahlt, seinerseits also den Vertrag vollständig erfüllt. — Im ersten Falle greift der § 17 K. O. Platz. Der Konkursverwalter ist durch das Gesetz befugt, die Erfüllung abzulehnen. Macht er von diesem Rechte Gebrauch, so steht dem Käufer ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zu, den er als Konkursgläubiger geltend machen kann. Einen Anspruch auf Erfüllung des Vertrags — auf Eigentumsübertragung, wenn er schon im Besitze ist — hat er ebenso wie der Konkursverwalter nicht mehr und hört darum jetzt auf, zum Besitze berechtigt zu sein.[77]) Die Einrede aus § 986 BGB. steht ihm nicht mehr zu, wie niemand bezweifelt.

Im zweiten Falle jedoch kommt § 17 K. O., der Nichterfüllung vom Gemeinschuldner und vom andern Teil vorausetzt, nicht zur Anwendung.

II. Hier soll dem Besitzer nach Ansicht einiger weniger[79]) dem Herausgabeanspruch des Konkursverwalters gegenüber der § 986 gegeben sein.

Begründet wird diese Ansicht einmal damit, daß der Konkursverwalter aus dem Eigentumsanspruch des Gemeinschuldners gegen den Käufer-Besitzer klage, diesem darum die Einrede, die er bei Geltendmachung des Eigentumsanspruchs durch den Gemeinschuldner selbst gehabt hätte, auch gegen den Konkursverwalter zustehen müsse.[80]) Daß der Konkursverwalter mehr Rechte für die Konkursmasse ausüben könne als dem Gemeinschuldner im Nichtkonkursfalle zustehen würden, müsse entweder aus dem Wesen des Konkurses oder aus einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung hervorgehen, sagt Kleinrath.[81])

Zwar haben wir eine solche ausdrückliche Bestimmung für den Fall der Erfüllung von Seiten des Gläubigers nicht, aber es läßt sich

[78]) Jaeger, Kom. zur K. O. I. Bd. § 43, Anm. 14.
[79]) Dernburg, Müller, Württ. Jahrb. Bd. 18.
[80]) Dernburg, Sachenrecht.
[81]) Kleinrath in Leipz. Zeitschr. von 1910, S. 126 ff.

nicht leugnen, daß im Konkurse eine ganz neue Rechtslage geschaffen wird, für die in erster Linie die Bestimmungen der K. O. zu untersuchen und anzuwenden sind, sollte man auch auf Grund dieser zu einer Schlechterstellung des Käufer-Besitzers gegenüber dem Nichtkonkursfalle gelangen.

Erst recht die Besitzrechtseinrede müßte gegen den Konkursverwalter gegeben sein, wollte man dem Käufer-Besitzer, um ihn Dritten gegenüber Schutz genießen zu lassen, sogar ein Aussonderungsrecht zugestehen. [82])

Die nach § 43 K. O. erforderlichen Voraussetzungen für die Aussonderung sollen vorliegen, da

1. das Recht zum Besitz im Sinn des § 986 als Recht am Gegenstand der Zwangsvollstreckung oder als Recht im Sinne des § 43 K. O. zu bezeichnen sei, [83])

2. der Aussonderungsgegenstand dem Gemeinschuldner nicht mehr „gehöre". Nur noch formell soll er nach der Uebergabe und Zahlung Eigentümer sein. Zwar hat er noch tatsächlich die Möglichkeit, über das Grundstück rechtswirksam zu verfügen, aber die Ausnutzung dieser Möglichkeit soll einen Mißbrauch seines formalen Eigentums bedeuten. Da der Verkäufer das Recht, über das Grundstück zu disponieren, endgültig aufgeben wollte, hat er weder die Befugnis zu rechtlichen Verfügungen, noch kann er tatsächlich mit dem Grundstück nach Belieben verfahren. Nach den ausschlaggebenden wirtschaftlichen Gesichtspunkten muß darum in einem solchen Fall der Gegenstand als aus dem Vermögen des Gemeinschuldners ausgeschieden betrachtet werden.

Mit der herrschenden Lehre ist hiergegen zu sagen, daß der Besitz auf diese Weise viel zu hoch bewertet werden würde. [84]) Vor allem aber kann ein Ausscheiden aus dem Verkäufer-Vermögen nicht vorliegen; denn bei jedem Grundstücksverkauf ist für dieses Ausscheiden die Eigentumsverschaffung maßgebend, die Auflassung und Eintragung ins Grundbuch also. Die Uebergabe ist für den Eigentumserwerb unwesentlich. „Gehört" demnach das Grundstück noch

[82]) Württ. Jahrb. Bd. 15, S. 175 ff.; Müller in Leipz. Zeitschr. von 1908.
[83]) Württ. Jahrb. Bd. 15; Müller in Leipz. Zeitschr. 1908.
[84]) RGE. 90, 219 ff.

dem Gemeinschuldner, so hat der Besitzer nur einen Anspruch auf Eigentumsverschaffung, auf Grund dessen er aber nicht aussondern kann, da er nicht unmittelbar auf „Herausgabe" geht. [85])

Bestärkt, wenn nicht gar bewogen, wurde die Ansicht, daß hier das Grundstück nicht mehr zum Vermögen des Verkäufers gehöre, wahrscheinlich durch die Stellungnahme vieler Schriftsteller und des RG. [86]) zu der fiduziarischen Eigentumsübertragung. Dem Fiduzianten wird nämlich vielfach ein Aussonderungsrecht im Konkurse des Fiduziars zugesprochen. Der Unterschied der Lage bei fiduziarischer Eigentumsübertragung und Verkauf ohne Eigentumsübertragung ist jedoch nicht zu verkennen.

Müller führt weiterhin an, daß nach §§ 17 ff. K. O. die Regel besteht, daß Rechtsgeschäfte, die vor Eröffnung des Konkurses erfüllt wurden, erfüllt bleiben. Auch die Besitzübertragung beim Kauf sei ein Erfüllungsakt, der nicht angetastet werden könne. Wie die Erfüllungsgeschäfte, so müßten auch die Einreden unberührt bleiben.

Beim Grundstückskauf hat aber die Uebergabe keine selbständige Bedeutung, sie bildet keine Teilerfüllung, [87]) die bestehen bleibt, wie z. B. im folgenden Falle: Der Landwirt L. hat seine Schafherde dem Schäfer Sch. verkauft und einen Teil derselben übergeben. Fällt nun der Schäfer Sch. in Konkurs, so kann der Konkursverwalter noch Nichterfüllung wählen, d. h. er kann den Rest der Herde dann nicht mehr verlangen und braucht auch den empfangenen Teil nicht herauszugeben. Bezüglich des Teils, den er schon geleistet hat, steht dem L. nur eine Konkursforderung zu.

Ebenso besteht im Konkurse auch nach § 26 K. O. die Regel, daß derjenige, dem der Gemeinschuldner seinen Anspruch vor der Konkurseröffnung noch nicht erfüllt hat, mag er selbst auch allen Verpflichtungen nachgekommen sein, z. B. ein Anstreicher hat die ganze Wohnung des nunmehr in Konkurs Gefallenen renoviert, normalerweise nur Konkursgläubiger ist und als solcher nur quotenmäßige Befriedigung seines auf eine Geldsumme umgerechneten Anspruchs verlangen kann, also auch kein Anspruch auf Uebertragung des Eigentums am verkauften Grundstück erhoben werden kann.

[85]) Jaeger, Kommentar zur K. O. I. Bd. § 43.
[86]) RGE. 45, 80 ff. u. a.
[87]) Jaeger in Leipz. Zeitschr. 1908.

Was in das Eigentum des Vertragsgegners übergegangen ist — für den Fall des Grundstücksverkaufs der gezahlte Kaufpreis — kann nach § 26 K. O. nicht herausverlangt werden. Daraus läßt sich der Umkehrschluß ziehen, daß Leistungen, die vor Konkurseröffnung gemacht und nicht ins Eigentum übergegangen sind, zurückverlangt werden können. [88]) Anders sind auch die Worte in RGE. 56,241 nicht zu verstehen: „Jeder behält das Empfangene" — soweit es ins Eigentum übergegangen ist nämlich.

Für die Anwendbarkeit der Besitzrechtseinrede im Konkurse soll ferner die Billigkeit sprechen. [89])

Jedoch dürften Billigkeitsrücksichten hier nicht am Platze sein. Der Käufer hätte sich durch eine Vormerkung im Grundbuch die Besitzrechtseinrede für den Konkursfall erhalten [90]) und so sichern können. (§ 24 K. O.). Daß er selbst voll erfüllt hat, ohne für eine dingliche Sicherung seines Anspruchs zu sorgen, ist eine Unvorsichtigkeit, ein Risiko, das er auf sich nimmt. Hat er die erschwerten Bestimmungen für den Eigentumserwerb an Grundstücken außer Acht gelassen, so verdient er nicht mehr Schutz als derjenige, der den Kaufpreis noch nicht gezahlt hat. [91])

III. Für die herrschende Ansicht, die die Anwendbarkeit der Besitzrechtseinrede im Konkurse verneint, spricht, wie vorher zum Ausdruck gekommen, sowohl der § 24 K. O. als auch der § 26, der den Käufer dafür, daß er Auflassung nicht mehr verlangen kann, durch eine Konkursforderung entschädigt, ferner die eigentümliche Folge, daß der Käufer Auflassung nicht fordern könnte, trotzdem aber den Besitz behalten dürfte. Damit würde ein „unhaltbarer Rechtszustand" sich ergeben. [92])

Ebenso wie bei Immobilien der Käufer, der durch Uebergabe in den Besitz gelangt ist, eine Besitzrechtseinrede gegen den Konkursverwalter nicht hat, so auch nicht der Käufer einer beweglichen Sache, [93]) der ohne Uebergabe in ihren Besitz gelangt ist, ohne daß

---

[88]) RG. 90, 219 ff.
[89]) Müller in Leipz. Zeitschr.
[90]) Scherk, S. 346.
[91]) Jaeger in Leipz. Zeitschr. 1908.
[92]) RG. 90, 219 ff.
[93]) Wolff im Recht zum Besitz.

der Verkäufer ihm darauf nach § 929 Satz 2 Eigentum übertragen hat; denn wenn der Käufer sicher gehen will, darf er nur nach Empfang der Leistung zahlen. Er verdient nicht Schutz aus Billigkeitsgründen, wenn er aus eigenem Antriebe seine Deckung aufgibt. Hätte sich der Käufer-Besitzer rechtzeitig um Eigentumsübertragung bemüht, so hätte er diesem Geschick entgehen können. Hat er aber damit gezögert, oder ist umgehend, ohne daß ihm genügend Zeit zur Rechtsverfolgung geblieben wäre, der Konkurs eröffnet, so ist nicht einzusehen, warum er besser gestellt sein sollte als andere Gläubiger, indem er voll befriedigt würde. Der Behauptung Schlemmers,[94]) daß sich aus der Bestimmung des § 21 K. O., der ausdrücklich nur für Miet- und Pachtverträge gegeben ist — sowohl über Mobilien als Immobilien — der Grundgedanke ergeben soll, daß alle diejenigen obligatorisch Berechtigten zu schützen sind, die sich zur Zeit der Konkurseröffnung im Besitze beweglicher Sachen befanden, obgleich sie nicht „überlassen" sind, kann nicht zugestimmt werden.

[94]) Schlemmer S. 42.